169
~~H6~~
H
6

BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
169
H
6
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

SCRITTI GERMANICI

DI

DIRITTO CRIMINALE

Digitized by Google

Digitized by Google

SCRITTI GERMANICI

DI

DIRITTO CRIMINALE

TOMO II.

LIVORNO
ANDREA NANNI EDITORE.
MDCCCXLVI.

Digitized by Google

La presente opera è posta sotto la tutela del patto internazionale, stipulato in Firenze li 7 Dicembre 1840.

Digitized by Google

La speranza, ond' io nelle poche linee di prefazione al primo volume della presente raccolta mi diceva animato, si è fortunatamente verificata; perocchè le dissertazioni in quello inserite hanno somministrato insegnamenti preziosi alla gioventù, che attende allo studio del diritto penale, frequentemente indirizzata dalla mia voce a ricercare in esse lo sviluppo dei principj, che io dalla cattedra potea solamente accennare, ed hanno meritato più volte di esser citate, come autorità dottrinali, nei nostri pubblici giudizj.

Con maggiore alacrità ho quindi applicato l' animo a continuare l' incominciato lavoro, ed a crescerne l'estensione, quanto mi è sembrato conveniente, per dare ai leggitori ita-

liani un'idea della florida condizione, in cui le discipline criminali si ritrovano oggigiorno in Germania. E per manifesto del dì 15 dell'aprile decorso il pubblico già sa, che questa collezione si comporrà di quattro volumi: i primi tre dei quali comprenderanno memorie di giurisprudenza, ed il quarto ed ultimo conterrà alcune direzioni di maggiore importanza per la codificazion criminale, ed uno de' più moderni codici penali di Germania per intiero. Gli studj da me fatti su varie di queste più recenti compilazioni legislative, e l'autorevol parere del celeberrimo signor consigliere professor Mittermaier, mi hanno persuaso a preferire il nuovo codice penale del Granducato di Baden: al quale terrà dietro, senza che le fissate dimensioni dell'opera vengano ad aumentare, il codice di procedura penale del medesimo Stato. Da quest'ultimo lavoro singolarmente sarà fatto aperto, con quanta sapienza si possano in leggi positive convertire certe massime della scienza odierna, le quali con un sorriso di compassione vengono da alcuni appellate più desiderj di esagerata filantropia.

Io mi voglio confidare, che queste mie fatiche compariranno sempre più opportune in mezzo al foro della mia patria, dopo che è stata pubblicata la notificazione del 26 ottobre 1846, con la quale il provvido Principe si è proposto

di aggiugnere novelle guarentigie all'amministrazione della criminale giustizia. D'ora innanzi i fatti, onde i giudici desumeranno la risoluzione delle quistioni, sottoposte alla loro decisione, non basterà confusamente sentirli in fondo alla coscienza, ma converrà discernerli acutamente con l'occhio della ragione, e lucidamente esporli, come preliminari indispensabili delle sentenze. D'ora innanzi l'animo de' giudici non correrà più pericolo di esser sedotto da impressioni, generate da cause straniere al processo; perchè nella prescritta esposizione non potrà menzionarsi alcun fatto, che da giudiciali documenti non risulti esaminato nella pubblica discussione. D'ora innanzi la pratica di giudicare, in cui è sì gran parte del nostro diritto vigente, non sarà più una formula delfica, vacua di senso determinato; perchè i giudici dovranno esprimere nettamente la massima, consecrata dall'uso de' tribunali, sulla quale riputeranno di dover fondare le loro sentenze.

Queste sapienti disposizioni, combinate col rito processale, felicemente introdotto dal glorioso motuproprio del 2 agosto 1838, esigono certamente gran copia di dottrina giuridica di agevole applicazione alla mirabile varietà dei casi occorrenti. Onde lice augurarsi, che il fiore più eletto della magistratura non sarà

più esclusivamente addetto a decider piuttosto del frumento e dell'olio legato, che del capo, della libertà, e dell'onore de' cittadini, e che i più valenti causidici non vorranno così facilmente gittar sulle spalle dei meno esperti il carico delle difese criminali, tuttochè raramente produttive di frutto pecuniario (*)

F. A. Mori.

(*) Rileggendo alcune dissertazioni del primo tomo, mi sono accorto, che nell'emende stampate in calce del medesimo furono omessi i seguenti errori tipografici.

ERRATA.	CORRIGE.
p. 307 v. 4. L. 10 D. *de poenis*	L. 10. D. *ad L. Corn. de sic.*
» 337 » 14. L. 1. §. 1. D. *de extraord. cognit.*	L. 5. §. 1. D. *de extraord. cognit.*
» 343 » 3. L. 1. §. 2. D. *de extraord. cognit.*	L. 5. §. 2. D. *de extraord. cognit.*

Digitized by Google

INDICE

DEGLI SCRITTI CONTENUTI IN QUESTO TOMO.

I. Tentativo di una rettificazione della teorica della coazione psicologica: dissertazione di Bauer. p. 1

§. 1. Introduzione . . . . . » ivi

§. 2. Si sgombrano i dubij mal fondati contro la teorica della coazione psicologica . . . . . » 3

§. 3. Necessità di rettificare la teorica della coazione psicologica, A) rispetto alla determinazione del fine della legge penale, e precisamente 1) del fine remoto . . . . . » 13

§. 4. 2) rispetto alla determinazione del fine prossimo della legge penale . . . . . » 15

§. 5. Necessità di una rettificazione delle vedute B) relative allo scopo ed al fondamento giuridico del giudizio penale . . . . . » 20

§. 6. Tentativo di una rettificazione della teorica della coazione psicologica. . . . . » 24

§. 7. Rettificazione della determinazione del fine ultimo o remoto della legge penale . . . . . » ivi

§. 8. Rettificazione del fine prossimo della legge penale. » 26

§. 9. Rettificazione della veduta di uno scopo e di un fondamento giuridico del giudizio penale. . » 29

§. 10. Idea d' una teorica ammonitiva, la quale sorge dalle rettificazioni della teorica della coazione psicologica . . . . . » 30

II. Dell' analogia legale e giuridica nel diritto penale: dissertazione di Waechter. . . . . » 35

III. Dell' imputabilità criminale dei giovanetti, avuto riguardo alla loro età: dissertazione di Kitka. . . . » 77

IV. Della differenza fra i delitti continuati e reiterati: dissertazione di Mittermaier. . . . . » 91

§. 1. Concorrenza dei delitti. . . . . » ivi

§. 2. Disposizioni del diritto comune. . . . . » 92

§. 3. Incongruenza dell' idea comunemente ricevuta. » 94

§. 4. Tentativo di stabilire una giusta idea nella presente materia . . . . . » 98
§. 5. Delitti continuati a) per via della loro qualità. » 102
§. 6. Delitti continuati b) per via del particolare intraprendimento . . . . . » 104
V. Osservazioni di Scheurlen sulla recidiva . . . » 107
VI. Sui risultato di alcune moderne investigazioni sopra l'imputazione degli stati dubbiosi dell'animo: osservazioni di Mittermaier. . . . . » 125
Caso criminale, esposto in conferma delle medesime . . . . . » 139
VII. Sopra il tentativo del delitto di alto tradimento: dissertazione di Zachariae . . . . . » 150
§. 1. Introduzione . . . . . » ivi
§. 2. Differenza fra il tentativo e la consumazione dell'alto tradimento, secondo la natura di questo delitto in generale, senza aver riguardo ad un determinato diritto positivo . . . . . » 154
§. 3. Come si debba distinguere il tentativo dalla consumazione nell'alto tradimento . . . . . » 165
§. 4. Onde cominci la punibilità dei tentativi nell'alto tradimento . . . . . » 171
§. 5. Diritto comune positivo. Disposizioni del diritto romano. Esso non contiene alcuna legge generale, che minacci di pena tutti gl'intraprendimenti di alto tradimento . . . . . » 180
§. 6. Disposizioni particolari del diritto romano . » 185
§. 7. Antico diritto germanico . . . . . » 194
§. 8. Pratica del medio evo . . . . . » 196
§. 9. Disposizioni delle leggi imperiali germaniche, e dottrina posteriore in Germania . . . . . » 199
VIII. Contribuzioni di Mittermaier alla dottrina dell'infanticidio. . . . . » 209
§. 1. Punto di vista del comun diritto criminale germanico intorno all'infanticidio . . . . . » ivi
§. 2. Sviluppo dell'opinione, ricevuta nella pratica . » 217
§. 3. Punto di vista per la retta estimazione dell'infanticidio . . . . . » 223
§. 4. Massime delle moderne legislazioni . . . . . » 226
§. 5. Esame della giustizia della pena capitale, come ordinaria dell'infanticidio. . . . . » 232
§. 6. Esame delle disposizioni penali delle legislazioni germaniche . . . . . » 238

Digitized by Google

§. 7. Dell'essenza di fatto dell'infanticidio, specialmente rispetto alla quistione, con cui si ricerca, qual sia il bambino, che dee considerarsi come nato di fresco . . . . . » 243
§. 8. Vitalità del fanciullo . . . . . » 253
§. 9. Dell'occultazione della gravidanza e del parto. » 258
§. 10. Del requisito, che l'infante sia nato vivo. . » 262
§. 11. Generali considerazioni da aversi nell'esaminare le cause di morte . . . . . » 281
§. 12. Riflessioni sulle lesioni, che si trovano sul capo dei bambini, e sulla loro caduta . . . . » 288
§. 13. Alcune moderne osservazioni sopra certi fenomeni, sovente considerati come segni di fatta violenza . . . . . » 297
§. 14. Osservazioni sulle specie di morte per soffocazione . . . . . » 299
§. 15. Del giudizio delle cause di morte, che possono aver luogo per negligenza della madre, od anche senza sua colpa . . . . . » 302
IX. Della prova dell'eccezione della verità di un'incolpazione, e dell'influenza, che esercita nel giudizio criminale: dissertazione di Mittermaier. » 313
§. I. Considerazioni generali, che debbono guidare i legislatori ed i giudici in questa dottrina. Formazione delle diverse opinioni nel diritto comune e nelle nuove legislazioni . . . . . » ivi
§. II. Ragioni contrarie alla prova della verità . » 328
§. III. Ragioni favorevoli alla prova della verità. . » 331
§. IV. Limitazioni del diritto di fornire la prova della verità . . . . . » 337
§. V. Diffusione di fatti veri, considerata come ingiuria punibile . . . . . » 347
§. VI. Influenza della buona fede, con la quale uno reputa vera una manifestazione — Diffusione di voci pregiudicevoli . . . . . » 354
X. Della prova indiziaria nelle cause criminali: dissertazione di Kleinschrod . . . . . » 358

Digitized by Google

I.

TENTATIVO DI UNA RETTIFICAZIONE DELLA TEORICA DELLA COAZIONE PSICOLOGICA (DISSERTAZIONE DI *BAUER*, ESTRATTA DAL TOMO IX. FASCIC. 3. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

INTRODUZIONE.

Le controversie, che si sono agitate intorno alle teoriche del diritto di punire, hanno prodotto l' utilissima conseguenza di rischiarare e rettificare le idee ed i principj fondamentali del diritto criminale. Ma quanto maggiore è l' influenza delle varie teoriche sopra la legislazione, sopra la scienza, e sopra l' amministrazione della giustizia, tanto più si dee deplorare, che domini tuttora tanta differenza intorno alle dottrine capitali del diritto penale, e tanto più apparisce desiderabile una riunion di vedute su questo oggetto importante. Quindi un tentativo di rettificare in qualche modo quelle vedute fondamentali, e di agevolare così fatta conciliazione, non abbisogna di essere peculiarmente giustificato.

Fra le ragioni di tanta diversità di sentenze dee principalmente annoverarsi il difetto di una chiara e determinata idea della natura particolare di ogni varia teo-

rica intorno al diritto di punire, e delle loro scambievoli relazioni. Se dunque una minuta esposizione di tutte quante le dette teoriche non appartiene al tema di questa dissertazione, mi sembra per altro necessario al suo scopo accordare almeno un posto al seguente prospetto generale.

Le teoriche del dritto di punire o sono *semplici*, o sono *composte*.

I. Le semplici si distinguono in *assolute* e *relative*.

A. Le assolute sono quelle, che non congiungono alcuno scopo con la pena, ma questa consideramo semplicemente come una conseguenza della legge giuridica, e dell'azione illecita. (Teoriche del contraccambio).

B. Le relative son quelle, che riferiscono la pena ad uno scopo, il cui conseguimento fa di mestieri agevolare per mezzo di essa. E siccome questo scopo può consistere, o nella prevenzione delle illecite azioni, o nel risarcimento delle loro pregiudicevoli conseguenze; così le teoriche relative o sono *preventive*, o *riparative*.

1. Le teoriche preventive tendono ad antivenire le illecite azioni o mediante la legge penale, cioè con la minaccia legale di mali, o mediante la condanna penale, e la sua esecuzione.

a) Alla teorica della minaccia, o della prevenzion generale, appartengono

a) la teorica della *coazione psicologica*, e

b) la teorica dell'*ammonizione*.

b) La teorica della condanna e della punizione, o si dirige

a) al delinquente punito

aa) per migliorare il suo interno (*teorica della riforma*) o

bb) per distoglierlo da altre illecite azioni (*teorica della prevenzione speciale*); o si dirige

b) a tutti i cittadini, i quali, come offensori possibili, debbono, mediante l'esecuzion della pena, restare disanimati dall'offendere. (*Teorica dello spavento*).

2. Le teoriche riparative son quelle, che mediante l'applicazion della pena vogliono risarcito il danno ideale, che nasce dal delitto.

II. Le teoriche composte si formano del complesso di due o più delle semplici.

Da questa classazione, fondata su determinati caratteri, dovrebbero rimanere esclusi quei sistemi indeterminati, che non hanno indole propria e precisa, e che perciò non potrebbero nemmen chiamarsi teoriche.

§. 2.

Si sgombrano i dubbj mal fondati contro la teorica della coazione psicologica.

La teorica della coazione psicologica, alla cui rettificazione è consecrato questo discorso, è qui assunta qual fu da principio configurata da Feuerbach, e quale io debbo presupporla generalmente conosciuta. Or mentre questa teorica è meritamente commendata da un lato per la grande acutezza, solidità, e semplicità con cui fu fondata ed applicata, e per la benefica influenza, che esercitò sulla scienza e sulla legislazione, viene dall'altro combattuta in molti modi, ed aspramente vituperata. La maggior parte per altro dei dubbj e dei rimproveri, che si sollevano contro di essa, dipendono da false presupposizioni, da equivoci, che sono agevoli a riconoscersi, e certamente ancora da idee arbitrarie, che non la possono commuovere ne'suoi fondamenti, nè oppugnare nelle sue conseguenze. Sebbene queste opposizioni mal fondate non possano, a cagione appunto della loro insussistenza,

somministrare alcuna occasione di rettificar la teorica della coazione psicologica, e quindi non appartengano, sotto questo aspetto, al nostro argumento; pure è necessario riferirle, e sottoporle ad una breve disamina, per ovviar da una parte a molti dubbj ed equivoci, che indi nascono contro il principio della minaccia, e per determinare dall'altra parte, e rilevare più esattamente, dissipando ciò che in questo sistema è tenuto fuor di ragione per difettoso, quei punti, rispetto ai quali esso sembra abbisognare di una rettificazione.

Contro la teorica della coazione psicologica si sono elevate le obiezioni seguenti.

I. Si è detto, che per essa la pena si prende solamente come un preservativo, e conseguentemente come un prodotto della prudenza, laddove si dee piuttosto considerare per una instituzione giuridica, cioè per una conseguenza immediata della legge del dritto. Ma questa obiezione dipende da una duplice confusione di oggetti essenzialmente diversi. Si confonde in fatti A) la legge giuridica con la legge penale. La prima non determina in alcun modo, che un male colpisca l'autore d'un atto ingiusto o immorale, e comunica all'offeso, non già l'asserto diritto di render male per male, ma semplicemente il diritto della difesa. Ora la punizione del trasgressore dee solamente considerarsi qual conseguenza immediata della legge penale trasgredita, e quindi non già come un prodotto della prudenza, ma come un atto di giustizia. Inoltre questa obiezione dipende B) dalla confusione della legge penale con la condanna penale. La legge penale è certamente constituita per uno scopo, cioè per la necessaria prevenzione delle illecite azioni, e da questo scopo è giustificata la comminazion della pena. La condanna penale all'incontro non si pronunzia, nè si eseguisce per uno scopo, ma è solamente la conseguenza

giuridica della legge penale, e dell' avvenuta trasgressione di essa. Sì fatto rimprovero adunque colpisce solamente quelle teoriche, le quali (come quella della riforma, della prevenzione, e dello spavento) riferiscono la condanna penale e la sua esecuzione ad uno scopo, e quindi, palesemente contradicendo all' idea della pena, puniscono il delinquente principalmente a motivo dei delitti futuri. Per vero dire anche Feuerbacb ammette uno scopo nell' applicazion della pena, e lo ripone nel procurare la necessaria efficacia alla legge penale: ma sarà mostrato di sotto (§. 5.), che questa veduta non è fondata nell' essenza della teorica della minaccia, e che non può conseguentemente riputarsi come un difetto di essa.

II. Si è obiettato, che, quand' anche si possa giustificare la comminazione legale della pena; nel caso per altro di trasgressione si manca di un fondamento giuridico per l' applicazion della pena minacciata. — Se non che non si può non ravvisare, che questo fondamento si trova nella giuridica validità della legge penale, e nell' avvenuta trasgressione di essa. Non avvi realmente motivo di ricercare un particolar fondamento giuridico dell' applicazion giudiciale della legge penale trasgredita, quando basta che il giudice sia incaricato di applicare le leggi penali, come tutte le altre, che sono in vigore nello Stato, ognorachè si presentino tutte le condizioni della loro applicabilità.

III. Si riguarda da molti come un grave difetto della teorica della coazione psicologica, che in conseguenza di essa un' azione illecita possieda il carattere di delitto in virtù della sola minaccia legale di una pena, mentre le azioni punibili, per la stessa loro interna natura, e secondo il sentimento generale degli uomini, portano scolpita in fronte la qualità di delitti. La quale obiezione

trae la sua origine dalla confusion del delitto con l'azione, che è semplicemente degna di pena. Degna di pena si dice un' azione, che per via del pericolo, in cui pone lo stato giuridico, e per via dell' insufficenza di altri mezzi preventivi, è adattata a ricevere la minaccia di un male dalla legge: ma diventa delitto (ossia trasgressione della legge penale) solamente allorchè il legislatore l'abbia in effetto minacciata di pena. In questo caso soltanto il giudice è autorizzato a sottomettere l'azione alla legge penale, e a decretare al trasgressore di questa la pena comminata. Il solo convincimento del giudice, che sia degna di pena un'azione, che non è dalle leggi punita, non gli dà certamente il diritto di applicare un male all' agente. Quindi è tanto lungi, che nella massima fondamentale *nullum delictum et nulla poena sine lege poenali* si trovi un' imperfezione della teorica della coazione psicologica, che piuttosto il detto principio vuolsi considerare come uno splendido pregio di essa, la quale preserva così il cittadino da ogni usurpazione ed arbitrio de' giudici. E qui appunto la legislazione francese offre una guarentigia, quanto necessaria, altrettanto sicura, prescrivendo, che ogni sentenza penale contenga la legge in quel caso applicata, e che sia letto ad alta voce il tenore della medesima. Nè si opponga, che sarebbe pericoloso il non eccettuare dalla massima espressa almeno quelle azioni, che secondo il comun sentimento degli uomini, o l'opinione del popolo, si vogliono riguardare come degne di pena; imperocchè si dee presupporre, che queste sieno da lungo tempo minacciate di un male, o che il legislatore, tostochè sia riconosciuta la loro punibilità, le colpirà della conveniente minaccia. Ma che l'opinione del popolo, se pure non ha prodotto una qualche interpretazione estensiva della legge, non basti di per sè sola a giustificare una sentenza penale, è cosa tanto

certa, quanto che le azioni realmente minacciate di pena dalla legge, non cessano di esser delitti, solamente perchè il pubblico non le reputa degne di pena, come accade in alcune specie di contrabbando. Che se nella legge penale si scopron dei vuoti, si vengon questi a supplire, mediante l'analogia del diritto e della legge.

IV. La teorica della coazione psicologica è stata inoltre incolpata di confondere l'assicurazione con la pena, mentre la prima dee prevenire le offese future, e la seconda all'incontro si riferisce alle offese passate. — Se non che viene sotto l'idea di pena tanto il male legalmente minacciato, quanto il male applicato; avvegnachè la pena in generale sia un male, che si collega con una illecita azione. E sì fatta connessione del male con l'azione, o accade in astratto mediante la legge, o in concreto mediante la sentenza. Nel primo caso opera come mezzo di assicurazione: nel secondo è semplicemente la conseguenza della legge e della trasgressione. Non solamente il male applicato, ma ancora quello semplicemente minacciato, e quello decretato dal giudice è, e si chiama pena, tuttochè il medesimo si consideri sotto relazioni diverse. E con questo si accorda anche l'uso generale di favellare, come ne forniscono prova sufficiente le espressioni di *legge penale*, e di *giudizio penale*, delle quali si servono anche gli autori di questa censura.

V. Si è tentato inoltre di mostrare la totale inutilità della teorica della minaccia con l'osservare, che, essendo grandemente diverso nei singoli uomini il grado del desiderio delittuoso, e dell'impression della pena, la legislazione, per ispaventare i cittadini dai maleficj, dovrebbe comminare a ciascheduno un male particolare, aggiustato alla sua individualità, il che sarebbe manifestamente impossibile. — Ma questa obiezione colpirebbe la teorica del miglioramento e della prevenzione speciale,

che ripongono nel malfattore lo scopo della pena, e lo vogliono conseguire mediante l'applicazione di essa, onde bisogna che accomodino la natura e la quantità del male penale all'individualità di ogni delinquente. All'incontro la indicata opposizione non tocca la teorica della coazione psicologica, la quale si propone di operare con la legge penale sull'insieme de' cittadini, e non sulle persone singolari. Quindi in quel medesimo modo, in cui qualunque ramo di legislazione drizza il suo sguardo a tutta quanta la società, ed a ciò che nel seno della medesima suole più comunemente accadere, anche la legge penale si forma l'idea del pericolo, che nasce dalle varie specie d'illecite azioni, del pari che degli stimoli sensuali, ond'esse procedono, e dietro questa misura determina la quantità del male da minacciarsi. Che se alcuno non si lascia per questa maniera distogliere dal fatto illecito, non può già liberarsi dalla pena minacciata, allegando che il timore di essa era troppo leggiero per la sua individualità; perocchè egli conosceva che l'azione era vietata e punibile, o lo poteva conoscere, e con l'intensità del criminoso suo desiderio dimostra di essere tanto maggiormente pericoloso. Dietro di che appena può credersi, che si asserisca sul serio, che secondo la teorica della minaccia ogni trasgression si punisca, perchè il legislatore ha commesso lo sbaglio di minacciare una pena insufficiente a distornarla, e che il delinquente punito paghi perciò l'imprudenza del legislatore medesimo. La legge penale dovea certamente somministrare all'agente un motivo di più per astenersi dall'opra delittuosa, insegnandogli, che il male comminato lo avrebbe inevitabilmente colpito. Se egli ciò non ostante delinque, non soggiace alla pena, perchè non si lasciò distornare, ma perchè commise un'illecita azione,

e perchè le conseguenze notificate della legge debbono necessariamente cadere addosso al trasgressore.

VI. Gli avversarj della coazione psicologica hanno fatto valere la frequente inefficacia della minaccia penale. Ricorrono in questo rispetto alla forza degli stimoli sensuali, ed alla ostinazione della volontà, onde riman superato il timore d' una pena futura ed incerta, ed in molti uomini totalmente distrutta l' influenza della legge penale. Dicono, che ogni trasgressione ed applicazione della legge penale dimostra, che il trasgressore non si è lasciato psicologicamente costringere, e che la legge penale ha conseguentemente fallito il suo scopo. — Non sfuggirà per altro al giudizioso osservatore, che questo argumento prova troppo, e che quindi non prova nulla. Non avvi maniera di leggi, che raggiunga il suo fine con illimitata estensione e pienezza: nè per questo si vorrà dire, che l' universale legislazione sia un instituto che non corrisponde allo scopo. Se l' argumento valesse, ne conseguirebbe non solo l' inefficacia di qualunque legislazione, ma ancora del civile consorzio; avvegnachè questo ancora non riesca a procurare che incompiutamente lo stato giuridico. Siccome pertanto il civile consorzio si propone soltanto il maggior dominio possibile della legge giuridica, così il legislatore criminale cerca di prevenire al maggior segno possibile le azioni degne di pena. Il totale impedimento di esse è una perfezione ideale, a cui non è dato di giugnere; perchè la potenza della sensualità, e la lusinga dell' impunità indebolisce di continuo più o meno l' impressione della legge penale. Sebbene adunque la minaccia penale della legge rimanga non di rado inefficace; ciò prova solamente, che questo mezzo ancora partecipa di quella imperfezione, che è propria di tutti gli umani instituti. Ciò non ostante la minaccia penale rimane, per la sua direzione, un mezzo

affatto generale, e quindi corrispondente al suo scopo. Siccome il medico non si asterrà dall' uso di un medicinale generalmente sperimentato salutaro, quantunque in alcuni casi non torni efficace; così il legislatore non si rimarrà dal minacciare di pene le illecite azioni, tuttochè l'esperienza lo ammaestri, che ciò non rende impossibili tutte quante le trasgressioni.

VII. Un altro dei pretesi difetti della teorica della minaccia quello si è, che la medesima non somministra contrassegno di sorta per determinare le azioni, che sono degne di pena. — Ma se si confessa con questa stessa opposizione l'esistenza di un carattere generale di tutto ciò, che nel civile consorzio dee riguardarsi come degno di pena; la teorica della minaccia, in conseguenza della sua deduzione, somministra certamente un tal contrassegno, dichiarando punibili tutte quelle illecite azioni, onde nasce pericolo allo stato giuridico, e che non si possono prevenire altrimenti. Se si vuolo all' incontro, che sia determinata in astratto ogni specie d'illecite azioni, che possiede quel carattere, si affaccia una pretensione, che in una teorica del diritto di puniro non è permesso di ammettere. Imperocchè la retta applicazion del principio della punibilità dipende da varie, e multiplici relazioni, fornite dall'esperienza, cioè dalle condizioni particolari di ogni popolo, dal grado della sua cultura morale e scientifica, dal suo stato giuridico precedente, dallo spirito del tempo, e da altre circostanze. Laonde la teorica della minaccia serve abbastanza, quando presenta il carattere generale della punibilità, menzionato di sopra, rilasciandone per altro la retta applicazione al giudizio del legislatore.

VIII. Si assevera inoltre, che la teorica della coazione psicologica ha per necessaria conseguenza la sfrenata crudeltà delle pene. Se la legge penale, si va di-

Digitized by Google

cendo, dee fare spavento a tutti, ad effetto di raggiugnere più sicuramente questo fine, bisognerà che minacci ad ogni delitto, per tenue che sia, una pena sì grave, che sia capace di sbigottire anche lo scellerato più pericoloso. E qui si fanno declamazioni contro una teorica tanto barbara; si sostiene, che a tenore di essa le pene più atroci si debbono riguardare per le più opportune, come quelle che sbigottiscono tutti; si ricorre contro questo principio ai sentimenti di umanità, e per farlo comparir più funesto non si ha difficoltà di addebitargli il terrorismo della rivoluzione francese. — Se non che sì fatti rimproveri hanno la loro base sopra una maravigliosa imperizia, e sopra una maliziosa esagerazione. Non si può in fatti non riconoscere, che il legislatore con l'atrocità delle pene urterebbe ad un tempo contro la legge giuridica, e contro le regole della prudenza. Imperocchè, per ciò che spetta più da vicino alla parte giuridica della cosa, il legislatore, in virtù della potestà di punire, ha solamente il diritto di minacciar quelle pene, che sono giustificate dalla necessità per lo scopo della legge criminale. Ma la quantità richiesta delle pene non si dee giudicare dalla loro relazione verso gli scellerati più pericolosi, ma piuttosto, come in tutte le specie di precetti legali, dai rispetti universali e più consueti. Se quindi il legislatore volesse far uso del mezzo coattivo della pena al di là del bisogno così determinato, trasanderebbe i limiti del diritto penale: e di più con la minaccia di mali troppo gravi contradirebbe ai dettami della prudenza. L'esperienza in fatti ammaestra, che quelle leggi penali, che per troppa severità non sono proporzionate al vero grado di punibilità di un delitto, riescono le meno efficaci; avvegnachè non solamente i cittadini rifuggano dal cooperare al discoprimento di un delitto troppo fieramente punito, ed al convincimento

dell'autore di esso, ma i giudici ancora, indotti dal loro sentimento di umanità, sieno inclinati a sottrarsi con ogni modo possibile all'ufficio di applicarle. Or siccome la teorica della coazione psicologica ha questo di proprio, che assegna uno scopo alla legge penale, e siccome l'esperienza principalmente può ammaestrare il legislatore intorno all'opportunità delle pene da minacciarsi; così alla nostra teorica non si può fare un rimprovero meno fondato di quello, col quale si affermi, che la medesima trascelga quei mezzi, che sono dimostrati dall'esperienza come contrarj al suo fine.

IX. Finalmente la teorica della coazione psicologica è stata disfigurata fino al segno, che si è ardito asserire, che per essa è possibile una legislazione penale anche pel demente, e pel bruto; avvegnachè tali esseri ancora sieno capaci di spavento, e possano in virtù di questo sopprimere i loro desiderj. — Una così mostruosa ignoranza della vera indole della nostra teorica si può appena concepire. Noi vogliamo conseguire la coazione psicologica per mezzo della *legge penale:* e pel demente e pel bruto ogni legislazione è impossibile. Ma sebbene il principio della minaccia si volesse estendere ancora all'applicazion della legge penale, e così alla condanna criminale, ed alla sua esecuzione; si dovrebbe presupporre pur sempre, che al trasgressore non mancasse la coscienza della civile penalità dei delitti, nè la potenza di determinarsi liberamente a commetterli: le quali condizioni rimangono escluse del tutto nei dementi e nei bruti.

Da questa esposizione apparisce, che le indicate obiezioni contro la teorica della coazione psicologica, o riposano sopra viziose premesse, o sopra l'ignoranza e il disfiguramento della vera sua indole, o sulle inammissibili pretensioni di un fondamento generale del di-

ritto di punire. Non possono dunque indebolire la detta teorica nelle sue basi, nè impugnarla nelle sue conseguenze, e non offrono quindi alcun motivo per modificarla in qualche maniera.

Dissipate queste opposizioni, io mi posso rivolgere all' oggetto particolare del saggio presente, esponendo le ragioni, onde sorge il bisogno di rettificar la teorica della coazione psicologica.

§. 3.

II. *Necessità di rettificare la teorica della coazione psicologica*, A) *rispetto alla determinazione del fine della legge penale, e precisamente* 1) *del fine remoto.*

La teorica della coazione psicologica appartiene alla classe delle teoriche preventive. Essa dunque concorda con tutte le altre della medesima classe nel riconoscere per suo scopo remoto o finale la prevenzione delle azioni illecite. Feuerbach determina in particolare l'ultimo fine della legge penale nell' impedimento, conseguibile per mezzo di essa, delle lesioni del dritto.

Questa determinazione del fine ultimo della legislazione penale è per altro da un lato troppo ristretta, e troppo estesa dall'altro, e sotto amendue i rispetti conduce ad un difettoso carattere della giustizia criminale dello Stato.

I. Che da un lato sia troppo ristretta, si rileva osservando, che non sono minacciate di pena le semplici lesioni del dritto, ma ancora altre specie d'illecite azioni, e particolarmente quelle, che, senza ledere i diritti, li pongono per altro in pericolo (come alcune maniere di tentativo) del pari che certe azioni meramente immorali, che fanno temere conseguenze pregiudicevoli per lo stato giuridico.

Per vero dire Feuerbach forma una propria classe di delitti di polizia, i quali nascono quando lo Stato proibisce e minaccia di pena certe azioni, che in sè medesime non sono contrarie al diritto, e che non si possono annoverare fra le lesioni di esso, che in quanto offendono la ragione, che ha lo Stato, di esigere, che vengano omesse. Ma, prescindendo ancora dal considerare, che sarebbe cosa molto impropria ed insolita il volere annoverare simili azioni (come per esempio diversi delitti di carne) fra le lesioni del dritto, il vero fondamento della loro punibilità, piuttostochè nella ragione, che abbia lo Stato, di esigerne l'omissione, si ritrova nel pericolo, in cui pongono lo stato giuridico.

II. Da un altro canto la determinazione suddetta, a tenor della quale si debbono in virtù della legge penale impedire le lesioni del dritto, è troppo estesa; avvegnachè non tutte le lesioni del dritto, anzi neppure la maggior parte di esse, sono adattate a ricevere la minaccia di pene. Nella più gran parte delle azioni contrarie al diritto il ministero del giudice civile è sufficiente a prevenire, o a risarcire: ed il legislatore dovrà minacciare di pena solamente quelle, che pongono in pericolo lo stato giuridico, e che in generale non possono altrimenti impedirsi, che mediante la comminazione penale.

In amendue i rispetti adunque la menzionata determinazione del fine ultimo della legge punitiva, e il contrassegno della punibilità, che ne sorge, non possiede la necessaria esattezza.

§. 4.

2) *rispetto alla determinazione del fine prossimo della legge penale.*

Il fine prossimo della legge penale è riposto nella determinazione della sua efficacia a prevenire le illecite azioni. Feuerbach lo fa consistere nel distornare, per mezzo dello spavento, ogni individuo, come offensore possibile, dalle violazioni del dritto, o nel sopprimere l'impulso sensuale verso di esse, mediante l'idea, che al fatto sia per succedere immancabilmente un male, che superi il dispiacere del non sodisfatto desiderio. Lo stimolo sensuale debb'esser dunque represso dal timor della pena, e si dee così esercitare una coazione psicologica.

Contro sì fatta determinazione del fine prossimo della legge penale insorgon per altro le seguenti difficoltà.

I. Questa determinazione sembra essere troppo limitata, così rispetto alla direzione, come rispetto all'indole dell'efficacia della leggo penale.

A. Secondo una tal direzione in fatti, la coazione psicologica, pigliata di mira dalla legge penale, non sarebbe rivolta contro ogni specie di delitti, nè varrebbe a produrre la prevenzione di tutti. L'accennata determinazione dipende incontrastabilmente dal presupposto, che tutti i delitti abbiano origine dal desiderio dell'illecito fatto. Ora i delitti colposi, per non dir altro, sufficientemente dimostrano, che ciò non è vero. Imperocchè, per ciò che concerne la negligenza remota, o mediata, la quale riposa sopra un difetto d'antiveggenza, non si può assolutamente parlare del desiderio di un fatto, di cui l'agente non conosceva la qualità criminosa. Quando

esempigrazia il medico, per ignoranza degli effetti micidiali di un dato medicinale, ha ordinato la dose mortifera, niuno dirà, che egli abbia fatto ciò per desiderio di uccidere: ed il legislatore, che minaccia di pena gli omicidj colposi, non si propone di sopprimere con questa comminazione una brama, che non esiste. Nè la cosa è diversa rispetto alla negligenza prossima ed immediata; poichè sebbene l'agente non ignorasse che dalla sua azione poteva derivare un delitto, che non aveva pigliato di mira, pure egli non volle questo delitto, e non fu determinato ad operare dal desiderio di effettuarlo.

B. L'accennata determinazione dello scopo della pena è troppo limitata anche sotto un altro riguardo, cioè rispetto al modo di efficacia della legge penale. Secondo Feuerbach la coazione psicologica della minaccia dee sopprimere gli stimoli sensuali: il desiderio del fatto dee rimaner superato dal timor della pena, e la sensibilità debb'essere combattuta dalla sensibilità.

1) Ora l'uomo vien soverchiamente considerato in tal modo come essere sensibile, e non si ha quasi riguardo ad altro, che alla sua natura sensibile: e viceversa si apprezza troppo poco la sua natura razionale, e specialmente il suo sentimento morale e giuridico.

2) Oltre di che si fa pochissimo conto della legge morale, e troppo della legge psicologica dell'impressione e della contro-impressione, del peso e del contrappeso; per lo che la efficacia scambievolmente contrapposta degli stimoli sensuali, che nascono dal desiderio del fatto e dal timor della pena, si rappresenta come una lotta di due forze naturali in contrasto, e perciò come un meccanismo psicologico.

II. Mentre da queste osservazioni risulta, che la teorica della coazione psicologica ristringe soverchiamente lo scopo della legge penale, così rispetto alla sua

Digitized by Google

direzione, come rispetto al modo della sua efficacia, non si può inoltre non riconoscere, che questa determinazione del fine della pena conduce ad un tempo a viziose conseguenze nella misura della penalità dei delitti.

A. Una di queste consiste nel non curare la misura obiettiva della penalità. Poichè la teorica della coazione psicologica vuol reprimere con la minaccia penale gli stimoli sensuali, essa dee misurare la quantità della pena, necessaria ad una sì fatta riazione, dalla forza dell'impulso sensuale delittuoso. Certamente si esagera assai (come ho fatto osservare di sopra al §. 2.), quando si rimprovera all' indicata teorica, che essa, senza cadere in una mostruosa inconseguenza, non possa tener conto della penalità obiettiva. Imperocchè la maggior penalità obiettiva di un delitto mostra d'ordinario una contemporanea maggior penalità subiettiva dell'agente, in quanto che solamente il più forte impulso sensuale possa sopprimere il sentimento morale, e solamente la massima ottusità di coscienza possa cedere al desiderio fino al punto di commettere, per sodisfarlo, un grave delitto. Ma non si può per altro dissimulare, che la teorica della coazione psicologica nel rigore della sua deduzione declina da quel riguardo che è dovuto all' obiettiva penalità, e che si rende inconseguente, se al medesimo attribuisce tutta quella importanza, che gli conviene. In fatti la penalità obiettiva del delitto si dovrebbe valutare pur sempre non in sè stessa, ed in tutti i rispetti, ma solamente come un mezzo di riconoscere la penalità subiettiva: il che sarebbe tanto meno sufficiente, in quanto che nè sempre, nè nel modo migliore si può dalla quantità del fatto arguire un pericolo proporzionato, che nasca dall' agente. Quindi il suddetto principio condurrebbe a valutare con una limitazione, che si dee rigettare, il vero grado di penalità del delitto.

B. Conducendo a tutte le sue conseguenze la teorica della coazione psicologica, ne procederebbe una particolare severità di leggi penali. Veramente il legislatore, osservando, che le leggi penali troppo rigide falliscono il loro scopo, si vede costretto a far uso di castighi moderati, ed in tal guisa rimane allontanato il timore, che quella teorica possa condurre ad una crudeltà disumana. Ma sì fatta limitazione, in vece di avere il suo fondamento nel principio della teorica stessa, è appoggiata ad una verità sperimentale, che è fuori di lui. E non ostante la moderazione, che quindi nasce, nell'uso dei mezzi repressivi, rimane pur sempre, secondo l'essenza di quella teorica, la massima dominante di determinare la pena dalla forza degli stimoli sensuali, che si debbono rintuzzare: e quindi il legislatore, esaminando la estesa potenza della sensualità, si troverà sempre indotto di nuovo a far uso di controspinte poderose.

C. Vuolsi notare di più, che il principio della coazione psicologica non conduce neppure ad una compiuta considerazione della penalità subiettiva dei delitti intenzionali, come quello che guarda soltanto alla forza ed alla ostinazione degli stimoli sensuali, e niente si cura della loro malvagità e direzione. Per vero dire Feuerbach vuole, che ancora dalla sfera di attività degli stimoli si debba desumere la penalità subiettiva, ed insegna, che questa è maggiore, ognorachè sono più gravi e più numerose le violazioni del dritto, che vengon prodotte dall'impulso, ond'è mossa l'azione delittuosa. Ma d'altra parte il più grave timore, che è suscitato da un impulso a delinquere, non fornisce di per sè alcuna prova, che alla repressione di esso richiedasi una più forte coazione psicologica. Ancorchè gli stimoli sieno legali in sè stessi, e volti per loro natura a produrre azioni alla giustizia conformi, come son quelli del sentimento d'ono-

Digitized by Google

re e dello zelo religioso, pure hanno spesso più forza, e quindi abbisognano di una repressione più poderosa di certi altri, che sono malvagj in sè medesimi, e che nascono per esempio, da una turpe avidità di guadagno.

Laonde per tutte queste ragioni la teorica della coazione piscologica non potrebbe fornire al legislatore alcuna esatta misura della penalità dei delitti.

D. Ma inoltre non somministra neppure al giudice alcuna guida esatta per discoprire il vero grado di penalità, e per adeguare la pena indeterminatamente comminata dal legislatore. Feuerbach in vero instruisce il giudice a trovar quella pena, che il legislatore medesimo avrebbe stabilita per un dato delitto, se avesse voluto minacciarlo di una repressione determinata. Ma questa direzione intorno all'uso della misura legislativa avrebbe da un lato gli stessi difetti, che sono a questa inerenti, a tenore di quanto abbiamo detto sinora (A — C), e da un altro lato la molto diversa posizione del giudice non consente l'applicazione di quel modulo, che la teorica della coazione psicologica propone al legislatore, e che può essere adoperato solamente da lui. In fatti, secondo il principio di questa teorica, il legislatore dee comminar tanta pena, quanta è necessaria a reprimere lo stimolo sensuale, e ad impedire conseguentemente i delitti avvenire. Il giudice all'opposto si occupa della punizione di delitti già commessi, e quindi non può decretare al trasgressore la pena secondo la forza d'un inpulso sensuale, che si debba rintuzzare. Di più non gli competerebbe neppure la facultà di adeguare la pena secondo la forza, con cui l'impulso sensuale si è già manifestato per mezzo del commesso delitto; perocchè si allontanerebbe così dal principio, che la detta teorica stabilisce per la valutazione della penalità, e ripudierebbe le conseguenze legittime del medesimo.

Se queste osservazioni son giuste dimostrano, che Feuerbach assegna allo scopo della legge penale una determinazione troppo limitata; dalla quale discendono parecchie difettose conseguenze rispetto alla misura della penalità del delitto, per l'uso del legislatore e del giudice.

§. 5.

B) *Necessità di una rettificazione delle vedute relative allo scopo ed al fondamento giuridico del giudizio penale.*

Anche le vedute di Feuerbach rispetto allo scopo ed al fondamento giuridico dell'irrogazion della pena sembrano abbisognare di una rettificazione.

I. Pel giudizio penale eziandio, e per la sua esecuzione, e così per la irrogazion della pena legalmente minacciata, Feuerbach ammette uno scopo, e considera l'applicazion giudiciale della legge penale, come un mezzo a conseguire un fine determinato dalla prudenza. Egli ripone questo fine dell'irrogazion della pena nel bisogno di dare efficacia alla legge penale, che altrimenti si risolverebbe in una vana parola. In questo modo anche l'applicazione della legge penale dee produrre l'effetto dello spavento.

A. Or se si prende ad indagare accuratamente il fondamento di questa veduta, non si può non ravvisare, che essa è derivata da una confusione, non difficile a nascere, delle utili conseguenze, che si trae dietro l'irrogazion della pena, con uno scopo da conseguirsi per mezzo di essa. È indubitato, che, se si tralasciasse di applicare la legge penale, le si torrebbe il suo rispetto e la sua influenza; avvegnachè la frequente e precisa applicazione di lei produca appunto il naturale e benefico effetto di accrescere grandemente la forza spaventatrice

della minaccia. Certamente il legislatore, nel comminare la pena, contempla la successiva irrogazione di essa ai trasgressori, come una necessaria condizione della piena efficacia della legge penale. Ma da un lato la legge penale anche meramente notificata, e prima di essere disobbedita ed applicata, possiede la virtù di spaventare; e da un altro lato, considerando almeno le parti del giudice, la condanna criminale non si pronunzia, nè si eseguisce per amor di uno scopo, ma è solamente la conseguenza giuridica della norma stabilita, e dell'avvenuta violazione di essa. La sopraccennata confusione, per cui si spaccia per fine ciò che è solamente un utile effetto dell'irrogazion della pena, è provenuta dall'aver attribuito troppa importanza all'esecuzion della pena decretata, e troppo poca al giudizio penale, che è pur la cosa precipua. Da una simile confusione del fine e delle conseguenze dell'irrogazion della pena dipendono le teoriche del risarcimento. Mediante la pronunciazione e l'esecuzione della pena legalmente minacciata si leva via certamente più o meno il danno ideale, che per lo stato giuridico nasce dal delitto: ma questa riparazione in vece di esser lo scopo, per cui si applica la legge penale trasgredita, mentre si decreta al trasgressore la detta pena, è un utile effetto dell'applicazion della legge, alla quale il giudice è obbligato, ancorchè non lo prenda menomamente di mira.

B. Oltracciò l'asserto scopo dell'applicazion della pena condurrebbe ancora a viziose e pregiudicevoli conseguenze.

1) Ne verrebbero scompigliate le parti del giudice criminale, a cui incombe il dovere di applicare senza riguardi la legge penale disobbedita. La emanazione del giudizio penale è un semplice atto di giustizia. Il giudice lo pronunzia, senza darsi cura di conseguenze utili

o dannose, ma solamente perchè è stata violata la legge (*quia peccatum est*): non perchè ne rimangano spaventati gli altri (non *ne peccetur*). Se all'incontro il giudizio penale si considera come un mezzo di pervenire ad un dato scopo; la condanna del trasgressore vien rappresentata come un atto di prudenza, ed il giudice, nell'applicare la legge penale, è richiamato a contemplare quel fine, e così a consultare le regole della convenienza e della prudenza, per esercitare la sua giurisdizione. Ma un sì fatto richiamo allontanerebbe il giudice dalla via della stretta giustizia, e sarebbe tanto più pericoloso, quanto è più facile di trovare dei tribunali criminali, che sieno inclinati ad ordinare le loro sentenze anche fuor dei riguardi, a cui si appoggia la legge, ed a tenore di fini, che da loro son valutati per utili. Del resto appena occorre notare, che queste avvertenze sono dirette unicamente a mostrare, che non deve assegnarsi uno scopo generale al giudizio penale; perocchè, là dove la legge ha rilasciato all'arbitrio del giudice l'elezion della pena, egli è certamente obbligato ed autorizzato a mirare al conseguimento delle più utili conseguenze, come ad evitare gli effetti nocivi, che per avventura potessero sopravvenire allo Stato, al malfattore, alle persone innocenti.

2) Un'altra viziosa conseguenza sarebbe, che, ritenuto quel fine, la trasgression della legge verrebbe considerata come occasione di applicare la pena ad effetto di distogliere gli altri dal delinquere, e così il trasgressore si punirebbe a motivo dei delitti futuri. La qual cosa contraddice all'idea della pena, che nella sua irrogazione si deve assolutamente riferire al passato, e riguardare come una semplice conseguenza, giuridicamente necessaria, dell'avvenuta trasgressione della legge penale.

II. Dopo ciò non si può andar d'accordo con Feuer-

bach, quando assegna un particolar fondamento giuridico al giudizio penale. Per verità egli dice nel §. 17. de' suoi elementi, che il fondamento giuridico dell' irrogazion della pena è la minaccia legale preceduta: ma rinvia per altro al suo conosciutissimo scritto intorno alla pena come mezzo di sicurezza, nel quale assegna per fondamento giuridico dell' irrogazion della pena il principio, che l' avente diritto ad esigere l'omissione di un atto è pure autorizzato a sottoporlo alla condizione di un male; e che per conseguenza l' agente, nell' acconsentire all' atto, presta il suo consenso anche al male, che ne forma la condizione. È stato già avvertito da altri, che questo principio non si può sostenere, e da ciò si è dedotto contro la teorica di Feuerbach un dubbio, che non è fondato su di essa, ma nella massima posta a giustificare l' applicazion della legge penale. Se non che per la irrogazion della pena non fa di mestieri di alcuno special fondamento giuridico. Imperocchè una volta che si concede allo Stato il diritto, che non gli si può contrastare, di stabilire per legge, che i suoi tribunali debbano decretare ai trasgressori certi mali, i tribunali medesimi sono obbligati ed autorizzati, ognorachè si presentino le condizioni richieste, ad applicare la legge penale, e così a decretare al trasgressore la pena incorsa, senza che abbisognino di un altro fondamento giuridico, che sia estraneo alla loro incumbenza ordinaria. L' irrogazion della pena per decreto del giudice, e la esecuzione di essa, non sono altro che una conseguenza giuridicamente necessaria della legge penale vigente, e della sua trasgressione. Che l' assegnare uno special fondamento giuridico all' irrogazion della pena conduca in errori, si mostra inoltre per le idee di coloro, i quali (come Fichte ed Escher) lo ripongono nella perdita di tutti i diritti, alla quale asse-

Digitized by Google

riscono che soggiace il delinquente. Una tal perdita illimitata dei diritti per parte dell' offensore non si può assolutamente affermare. Egli perde al più la facultà di pretendere la protezione della legge giuridica, da esso violata, solamente in quanto debb' esser sottoposto alla pena, nella quale è incorso con la sua trasgressione. Dal che si vede, che anche questo punto del fondamento giuridico dell'applicazione della legge penale appartiene agli oggetti, che hanno bisogno di una rettificazione.

§. 6.

III) *Tentativo di una rettificazione della teorica della coazione psicologica.*

Dopo che si è dimostrato, che alla teorica della coazione psicologica fa d'uopo di una rettificazione, accingiamoci a tentarla. Nelle mie linee fondamentali del diritto criminale filosofico io ne ho dati alcuni cenni, che abbisognano di supplimento. Or siccome quei punti, che voglionsi rettificare, sono stati accennati di sopra, e le idee, che a questo effetto si debbono adesso recare in mezzo, si riferiscono ai medesimi oggetti, così risulta determinato da essi l'ordine della nostra esposizione.

§. 7.

A) *Rettificazione della determinazione del fine della legge penale, e precisamente* 1) *del fine ultimo, o remoto.*

1) Il problema, che il potere dello Stato dee sciogliere, consiste nella maggior possibile prevenzione di quelle azioni illecite, che pongono in pericolo lo stato giuridico, cioè la convivenza degli uomini sotto le leggi

del dritto. Quel potere non si dee ristringere a cercare il risarcimento del danno, cagionato dalle illecite azioni, il che è raramente possibile ad ottenersi con pienezza: ma dee prevenire quelle azioni medesime, e non singolarmente, ma in generale.

2) Per la risoluzione di questo problema si fa già molto col risvegliare e col mantenere i sentimenti giuridici, morali, e religiosi, come col valersi di buoni regolamenti di polizia. Questi mezzi per altro di per sè soli non sono sufficienti al conseguimento del fine.

3) Anche i mezzi coattivi, coi quali lo Stato interrompe le offese incominciate e non ancora compiute, sono raramente applicabili; perchè fra le azioni, che mettono in pericolo lo stato giuridico, quelle, che si possono prevedere, sono la minor parte.

4) La manifesta insufficienza, che quindi risulta, così dei mezzi benigni, come di quelli coattivi già notati, induce la necessità di minacciare di mali, mediante la legge, le illecite azioni, e di ammonire in tal modo i cittadini ad astenersi dal commetterle.

5) In sequela di ciò lo scopo ultimo della legge penale consiste nella maggior prevenzione possibile di quelle azioni illecite, che pongono in pericolo lo stato giuridico, e che in generale non si possono antivenire altrimenti, che mediante l'ammonizione della legge penale.

6) E di qui sorgono ancora i caratteri di quelle specie d'illecite azioni, che debbonsi nello Stato considerare come degne di pena. I quali sono i seguenti: cioè

a) che si tratti di un' azione illecita, che metta in pericolo lo stato giuridico. Questa qualità si trova per lo più nelle sole violazioni del dritto: ma inoltre appartiene ancora a molte azioni, che sono semplicemente immorali, o semplicemente nocive.

b) Si richiede contemporaneamente, che si tratti di

quelle azioni illecite, che, secondo i dettami della ragione e della esperienza, non possano in generale impedirsi altrimenti, che mediante la detta ammonizione: ma non è necessario in alcun modo, che contro una data azione sieno già stati infruttuosamente tentati i mezzi benigni, e quelli d'interruzione coattiva.

Questi due soli caratteri riuniti rendono meritevole di pena un'azione. È un errore il trovare in ogni violazion del diritto un'azione, che ponga in pericolo lo stato giuridico. Sebbene in fatti ogni azione ingiusta sia contraria allo scopo dello Stato, che consiste nella più piena possibile signoria del diritto; dalla maggior parte per altro delle violazioni di esso protegge abbastanza il ministero del giudice civile: le quali perciò non abbisognano di comminazione penale, e quindi non riuniscono in sè medesime amendue i caratteri della punibilità.

§. 8.

2) *Rettificazione del fine prossimo della legge penale.*

Le sorgenti delle illecite azioni, o si trovano negl'impulsi sensuali, che sospingono ad esse, o nel difetto di doverosa circospezione nell'operare. Ad amendue queste origini il poter dello Stato ha modo di opporsi, facendo per legge alle illecite azioni la minaccia di mali, che sieno proporzionati al pericolo e al merito di esse, e tanto così, quanto con buoni ordini processali convincendo i cittadini, che le pene sono inevitabili, ed ammonendoli per sì fatta maniera ad astenersi dall'offendere.

I. Quindi sorge il fine prossimo o proprio della legge penale, il quale consiste nell'ammonire, mediante la comminazione di mali sensibili, i cittadini ad astenersi

dalle azioni degne di pena. Per via della legge penale vuole il legislatore notificare la propria idea della civile punibilità e quantità dei delitti, ed opporsi alle sorgenti di essi; e perciò con sì fatta ammonizione non solamente circoscrivere gl' impulsi sensuali, e le ingiuste volontà, ma ancora eccitare i cittadini a far uso della necessaria circospezione nell'operare. Può certamente il legislatore lasciarsi nel medesimo tempo indurre alla scelta delle specie penali anche da fini secondarj, che la pena comminata sia idonea nella sua esecuzione a promuovere (come dal miglioramento, dalla prevenzione speciale, dalla dissuasione per mezzo dello spavento); ma quella ammonizione rimane pur sempre lo scopo generale, essenziale, e capitale, mentre all'opposto il promovimento degli altri fini è da considerarsi soltanto come un rispetto subordinato.

II. Da questa determinazion dello scopo della legge penale sorge ancora la giusta misura della penalità dei delitti, tanto per l'uso del legislatore, quanto del giudice.

A) Per l'uso del legislatore. Siccome il fondamento della punibilità delle illecite azioni consiste nel pericolo, che da esse proviene allo stato giuridico; così la generale misura della loro penalità si ritrova nel grado di sì fatto pericolo. La legge penale, come espression dell'idea del legislatore intorno al pericolo, che da un' azione deriva allo stato giuridico, dee dunque fare a questa la minaccia di un male corrispondente a simile idea, per così esprimere il grado della civile punibilità dell' azione medesima. E nel valutare il pericolo di ogni delitto fa d'uopo, che il legislatore abbia riguardo

1) primieramente all' azione in sè stessa (*penalità obiettiva, misura obiettiva*). Per tal modo egli non si allontana (come nella teorica della coazione psicologica) dalla misura generale delle pene, determinata dallo scopo

della legge penale. Imperocchè siccome con la minaccia penale vuol significare la quantità della civile penalità di un delitto; così dee prima di tutto contemplare il pericolo dell'azione in sè stessa, e da quello primieramente desumere la determinazion della pena.

2) Inoltre il legislatore dee contemplare il pericolo, che nasce dal subietto agente, per quanto un simil riguardo è possibile in astratto (*penalità subiettiva, misura subiettiva*). Ed in questo proposito il principio generale della penalità gli permette di apprezzare il pericolo subiettivo per ogni lato, e di considerare per conseguenza tanto l'agente doloso, quanto il colposo, e rispetto al primo non solamente la forza e l'ostinazione, ma ancora la malvagità e la direzione degl'impulsi sensuali, come ragioni che fanno riconoscere la penalità subiettiva.

Solamente da una combinazione, comparazione, e scambievole ponderazione della misura obiettiva e subiettiva nasce una giusta idea del vero grado di penalità di un'azione. Quindi il legislatore rivolto a questi punti non lascierà inestimata l'una o l'altra misura, nè accorderà all'una delle due una generale preponderanza: e nella sua comminazione non avrà occasione di allontananarsi dal vero grado della penalità, nè per causa di quella esagerata dolcezza, nè di quella esagerata severità, che sogliono derivare dalla valutazione parziale del pericolo nascente dal delitto.

B. Questa misura, principalmente destinata al legislatore, è anche utile al giudice nell'applicazion delle leggi penali pienamente indeterminate. Imperocchè, quando il legislatore ammonisce i cittadini con una legge penale affatto indeterminata, viene a dichiarare, che al trasgressore si debba decretare una pena, corrispondente alla penalità della sua trasgressione. Il giudice dunque, così autorizzato e diretto, potrà discoprire il grado della

penalità concreta, secondo quel modulo, onde si vale il legislatore ad estimarla in astratto, e così adeguare la pena, rimessa nel suo arbitrio prudente.

§. 9.

B) *Rettificazione della veduta di uno scopo e di un fondamento giuridico del giudizio penale.*

I. Il giudizio penale non vien pronunziato ed eseguito con la mira di conseguire uno scopo, ma è soltanto una conseguenza giuridicamente necessaria della legge penale, e dell'avvenuta trasgressione di essa; onde in luogo di essere atto di prudenza, è atto di giustizia. E tuttochè, mediante l'applicazion della legge penale si accresca l'efficacia dell'ammonizione, pigliata di mira con essa, e si possa riparare più o meno al danno ideale prodotto dal delitto; pure queste utili conseguenze della irrogazion della pena non si debbono considerare come lo scopo della sentenza, che il giudice dee pronunziare a sola contemplazion della legge e della trasgressione. A seconda di questa veduta a) il giudice conserva il suo vero luogo, senza essere impedito di aver riguardo, nella scelta della pena rimessa nel suo arbitrio, ad utili fini secondarj; b) il trasgressore non è punito per via dei delitti avvenire, e quindi non è trattato come mezzo; e c) la teorica in tal modo rettificata cessa, nel rispetto del giudizio penale, di presentarsi sotto l'aspetto di relativa, e comparisce assoluta.

II. Per l'applicazion della legge penale non occorre piantare alcuno special fondamento giuridico. Imperocchè siccome la legge penale ha il valor di diritto, così il giudice è obbligato ed autorizzato ad applicarla, ognorachè si presentino tutte le condizioni della sua applicabilità

(§. 5.). Il giudice non fa così, che adempire il suo debito, e il trasgressore non può credersi offeso, ogni qual volta la sua azione è giudicata secondo la legge penale vigente. Il giudizio penale altro non è, che una conseguenza giuridicamente necessaria della legge penale, e della trasgressione accaduta: e il fondamento giuridico dell' irrogazion della pena è quindi riposto nella comminazione legale preceduta. Schivando di piantare uno special fondamento giuridico per l' applicazion della legge penale, si dissipa ancora il bisogno di dedurlo, e nel medesimo tempo si rimuovono i dubbj, che nascono dalle sue viziose conseguenze.

§. 10.

IV. *Idea d' una teorica ammonitiva, la quale sorge dalle rettificazioni nella teorica della coazione psicologica.*

Moneat lex poenalis, priusquam feriat.

Se or si prende a confrontare la prova, superiormente fornita (§. 3 - 5), del bisogno di rettificar la teorica della coazione psicologica, col tentativo di sodisfare a questo bisogno (§. 6 - 9), ci troviamo condotti all' idea di una propria teorica ammonitiva, la quale sorge dalle premesse rettificazioni. L' espressione di *coazione psicologica*, che si riferisce alla sopraccennata determinazione troppo ristretta dello scopo della legge penale, non sarebbe assolutamente adattata a questa teorica ammonitiva. Poco del pari le si può dare il nome di una teorica dello spavento. Converrebbe meglio chiamarlo teorica della minaccia, perchè questa denominazione esprime almeno, che essa costantemente richiede una comminazione legale del male penale, qual condizione di ogni ap-

plicazione di pena. Ma sì fatta denominazione si riferisce ancora alla teorica della coazione psicologica, e quindi non è sufficientemente precisa. Oltre di che esprime solamente il mezzo, onde si valgono i legislatori, e non il fine di esso; mentre il particolare carattere di ogni teorica relativa del diritto di punire consiste nella determinazion dello scopo della pena. Più espressiva di tutte queste denominazioni è quella di teorica ammonitiva, in quanto che ne designa la speciale natura, e singolarmente lo scopo, e nel medesimo tempo la distingue facilmente da tutte le altre teoriche.

Or questa teorica ammonitiva si dee comparar con le altre, delle quali abbiamo offerto di sopra il prospetto (§. 1), non tanto per conoscere la sua relazione con esse, ed i caratteri, per cui se ne diparte, quanto per esporla nella qualità di un sistema particolare e determinato del diritto di punire.

I. La teorica ammonitiva è *relativa*, in quanto riporta la legge penale ad un fine, e si distingue per esso da tutte le teoriche assolute, che non richiedono alcuna legge penale, e non possono quindi assegnarle uno scopo, ma riguardano l' irrogazion della pena, come una semplice conseguenza del principio del dritto, e di un ordin giuridico persistente.

II. Inoltre la teorica ammonitiva appartiene alla classe delle teoriche *preventive*, come quella che ripone l' ultimo fine della legge penale nella prevenzione delle illecite azioni possibili. Per tal modo si distingue dalle teoriche *riparative*, che mediante l'irrogazion della pena si propongono il risarcimento del danno ideale, che nasce dalla commissione d' illecite azioni. Il danno ideale può venir certamente risarcito più, o meno, mediante l' applicazione della legge penale, pubblicata per ammonire: ma, secondo la teorica ammonitiva, ciò non si

considera come lo scopo dell'irrogazion della pena, ma come un utile affetto di essa.

III. Fra le diverse specie di teoriche preventive, la teorica ammonitiva appartiene a quella specie, che vuole antivenire i delitti futuri per mezzo della *legge penale*. E perciò si distingue essenzialmente per questo carattere da quella specie di teoriche preventive, secondo le quali i delitti futuri si debbono impedire per mezzo del giudizio penale, e della sua esecuzione, e specialmente dalla teorica del miglioramento, della prevenzion particolare, e dello spavento.

IV. Rispetto a tutti i caratteri, assegnati finora, la teorica ammonitiva si combina pienamente con quella della coazione psicologica. Laonde si può dare ad amendue la denominazione comune di teoriche della minaccia. Se non che la prima è nata dalla seconda, e si appropria tutti i pregj di questa, mentre si conserva scevra, per quanto mi sembra, da'suoi difetti, e quindi consiste in una semplice rettificazione di essa.

A tenore di quanto abbiamo ragionato di sopra, la teorica ammonitiva si distingue da quella della coazione psicologica nei punti seguenti: cioè

A. rispetto alla determinazione del fine della legge penale, e precisamente

1) del fine ultimo, e del carattere della punibilità, il quale nasce da esso. Per mezzo della legge penale non si debbono prevenire le semplici violazioni del dritto, e non tutte le violazioni del dritto, ma quelle azioni ingiuste, dannose o immorali, che mettono in pericolo l'ordin giuridico, e che in generale non possono essere altrimenti rimosse (§. 3, e 7).

2) A riguardo del fine prossimo, e del modulo della penalità, il quale procede da esso. La teorica ammonitiva non ristringe il fine prossimo della legge pe-

nale, ed il modo della sua efficacia, alla soppression degli stimoli sensuali, che spingono alle illecite azioni (§. 4), ma ripone il detto scopo nell'esortare tutti i cittadini ad astenersi dai fatti punibili (§. 8). Questa ammonizione è l'espression dell'idea, che ha il legislatore intorno al pericolo, onde un atto minaccia lo stato giuridico. Essa dee sopprimere la grandezza del delitto con la grandezza del male minacciato; convincere i cittadini, che la pena è inevitabile; risvegliare in essi non solamente il timore, ma ancora il sentimento morale e giuridico; e determinarli ad usar circospezione nell'operare. Laonde questa ammonizione si riferisce tanto ai delitti dolosi, quanto ai colposi: e determina la quantità del male da comminarsi, non semplicemente, nè principalmente dalla penalità subiettiva, ma insiememente ancora dalla penalità obiettiva, cioè dal modulo, che sorge dalla comparazione, e ponderazione dell'una e dell'altra.

Una seconda differenza fra la teorica ammonitiva e quella della coazione psicologica riguarda

B) le vedute relative allo scopo ed al fondamento giuridico del giudizio penale.

1) In fatti la teorica ammonitiva non assegna alcuno scopo al giudizio penale, ma lo considera solamente come una conseguenza giuridicamente necessaria della legge, e della trasgressione avvenuta; riguarda l'aumento di forza, che riceve la legge dall'irrogazion della pena, come un benefico effetto della medesima; non altera la posizione del giudice; e non colpisce il trasgressore a motivo dei delitti futuri (§. 9.) Essa è dunque una teorica *assoluta* a riguardo del giudizio penale, e *relativa* a riguardo della legge penale; occupa quindi il posto medio fra le teoriche meramente assolute e tutte le relative; e si conserva immune dalla parzialità delle altre.

2) Oltre di che la teorica ammonitiva non assegna un particolar fondamento giuridico all' applicazion giudiciale della legge penale; perocchè lo ripone nella giuridica validità della legge medesima, e nell' esistenza di tutte le condizioni della sua applicabilità, rifiutando così, come non necessarie, tutte le insussistenti derivazioni di esso.

Tutti questi tratti mi sembrano caratterizzare la teorica ammonitiva, come un sistema proprio determinato, e semplice del diritto di punire. Se son caduto in errore, accoglierò volentieri gl' insegnamenti, che mi verranno da giudici dotti ed imparziali. Che se del resto, per raccomandare una teorica filosofica, basta, che essa concordi col sentimento e con le decisioni della sana ragion comune, la teorica ammonitiva si può certamente rallegrare del favore di questo giudizio preliminare; perchè non v' è nulla di più naturale e di più semplice dell' idea, che il legislatore voglia avvertire i cittadini ad astenersi dai delitti, e che a chiunque intraprese, a dispetto di quell' avviso, un' illecita azione, si decreti a buon dritto il male minacciato.

Digitized by Google

II.

DELL'ANALOGIA LEGALE E GIURIDICA NEL DIRITTO PENALE (DISSERTAZIONE DI WARCHTER, ESTRATTA DAL TOMO XXV FASC. 3. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1844).

Rispetto alle massime, che reggono la interpretazione scientifica e il supplimento del dritto, la provincia del gius penale non differisce in generale da quella del gius privato. Gli stessi principj, che in questo proposito servon di norma al secondo, spiegano il loro vigore ancora nel primo. Quindi il diritto romano procedè con la massima precisione, non facendo assolutamente per tal riguardo alcuna differenza fra le due provincie indicate. Ma sì fatta regola fu di frequente mal conosciuta, e così ebbero origine molti errori nell' amministrazione della criminale giustizia. L'abuso, che si fece dell'interpretazione nel diritto penale indusse molti scrittori ad immaginare teoriche esagerate: e più oltre di tutti andò in questo rispetto il Beccaria, che nelle leggi penali non avrebbe voluto ammettere interpretazione di sorta. Al tempo presente si è fatto ritorno a più giuste nozioni, sebbene qua e là si ascoltino pur delle voci, che vanno accreditando gli antichi errori. Feuerbach nella sua critica dello sviluppo di Kleinschrod (parte II. p. 26) afferma, che al giudice non si dovrebbe permettere

alcuna propria dichiarazione estensiva, o restrittiva di una legge penale, e Bauer nella moderna sua opera dei trattati di diritto penale (tomo I., p. 180) vuole, che nel diritto penale sia per lo meno interdetta al giudice qualsivoglia interpretazione estensiva.

Ragioni politiche possono certamente nella provincia criminale render necessario lo stabilire per l'interpretazione e pel supplimento del dritto qualche cosa, che declini da ciò, che si ammette senza esitare nell'amministrazione della giustizia civile. Ma qui bisogna accuratamente distinguere ciò, che, prescindendo da particolari motivi politici, è accomodato in generale alla natura delle relazioni, da ciò, che vien consigliato da particolari motivi politici: ossia ciò, che val come regola da ciò, che, in virtù di speciali riguardi, forma una fondata eccezione. Come regola non è dato impugnare, che intorno ai principj d'interpretazione e di supplimento del dritto non si può introdurre una differenza fra il criminale e il civile. Ma è cosa diversa il cercare, fino a qual segno, in virtù dell'indole peculiare dell'uno, o dell'altro, abbiano luogo eccezioni da quella regola, tanto legislativamente, quanto a tenore di un dato diritto positivo. Nell'odierna scienza germanica del diritto penale si professa quasi di comune consenso, e le moderne legislazioni criminali tedesche affatto unanimemente convengono, che le eccezioni non possono, nè debbono proceder tant'oltre, quanto Feuerbach e Bauer vorrebbero. Niun codice penale tedesco, per quanto io mi sappia, ha pensato di stabilire per l'interpretazion delle leggi regole diverse da quelle, che sone in vigore per interpretare il diritto privato: a nessun legislatore è caduto in mente d'interdire al giudice l'interpretazione estensiva di una legge penale, e vi sono ben pochi giuristi moderni (tranne i citati appena uno), che sostengano qualche cosa

di simile, sì rispetto al diritto constituito, che al constituendo. All'incontro non sono certamente uniformi le nostre idee nel sodisfare a quelle ricerche, che non riguardano l'interpretazion della legge, ma il supplimento dei vuoti del diritto positivo, le quali non di rado si confondono con le quistioni ermeneutiche. Se non che anche in questa parte sembra, che ogni giorno più si tenda ad una concordia.

Ma quando vogliamo chiaramente ed esattamente fermare i limiti e le ragioni dell' interpretazione scientifica e del supplimento del diritto penale, ed intenderci convenientemente su di queste importanti ricerche, è necessario prima di tutto raccogliere con perspicacia, ed opportunamente separare i varj punti capitali, che vengono in quistione, e non intorbidare questa preliminar condizione *formale* per modo, che si abbia già davanti agli occhi la *material* decisione delle cose controverse, o vi si frammischi per entro, e le si conceda un' influenza sopra di quella.

Rispetto all'interpretazione estensiva delle leggi penali, e al supplimento dei loro vuoti, sembra dominare tuttora molta oscurità e confusione nella nostra letteratura criminale; per lo che non di rado nacquero modernamente contrasti, oscillazioni, incertezze, e scambievoli dissensioni. Specialmente la distinzione dell' analogia legale e giuridica frequentemente si confonde affatto con la quistione relativa all'ammissibilità della *moltiplicazione dei fatti punibili*, e perciò con l'applicazione di questa analogia a *certi casi* (1). Onde avviene, che molti, i quali credono di dover negare sì fatta applicazione, rifiutino la intiera distinzione, senza pensare, che bisogna farla, per potere con la debita esattezza esaminar la quistione re-

(1) Gli esempj si riporteranno più sotto.

lativa all'ammissibilità della moltiplicazione dei fatti punibili, e senza riflettere, che quand' anche, a tenore di una data legislazione, quella speciale applicazione non si dovesse accettare, la distinzione stessa per altro può riuscire importante, com' è veramente, per altre investigazioni.

Non sarà quindi giudicato inutile il tentativo di dilucidare la presente materia, e di analizzare e mettere in chiaro le quistioni, che con la medesima si connettono.

I.

Mi è stato dato da alcuni il merito di avere introdotta il primo la distinzione dell'analogia legale e giuridica (2): ed altri all'opposto me l'hanno rimproverata (3), e sono discesi in arena contro di me per questo motivo. Ma il merito di tal distinzione, quanto alla cosa, è molto antico; ed il nome della distinzione medesima fu usato da Grolman (4) molto prima che da me, anche avanti che io nascessi. Io prenderò intanto a giustificare la distinzione quanto alla cosa; perocchè non credo, che valga la pena di combattere per dimostrare, che il nome è stato esattamente trascelto, tuttochè reputi conveniente anche quello, e sia persuaso in generale, che non si dovrebbero più alterare quelle parole, che sono diventate già tecniche, perchè la perseveranza nell' uso di esse riesce di

(2) Jarcke Instituzioni di comun diritto crim. germ. tomo I. p. 302.

(3) Rosshirt Sviluppo dei principj fondamentali del dir. pen. 1828 p. 31.

(4) Nel discorso inserito nella nota 7, p. 67. 68. Grolman bensì tanto nel l. c., quanto ne' suoi principj fondamentali della scienza del dir. pen. quarta edizione §. 127 non distingue con sufficiente precisione l'analogia legale dall' interpretazion della legge.

grandissima utilità per la scienza, e per l'applicazione, com'è riconosciuto dalla maggior parte dei nostri giureconsulti. Ed oggidì questa terminologia è divenuta abbastanza generale; chè per lo più se ne trova fatto uso nell'opere dei moderni criminalisti, e si vede accolta anche nei nuovi codici penali di Germania.

Ma per ciò che concerne la cosa, la quistione sembra a me molto semplice, e confesso, che non so rendermi una buona ragione delle dissensioni, che in questo proposito si manifestano ancora.

Oltre alla confusione della quistion materiale con la formale diede occasione principalissima alle dissensioni l'aver di frequente annoverato l'analogia nell'interpretazion della legge, e precisamente nell'interpretazione estensiva, appellata logica. Ciò fecero assolutamente gli antichi, e lo fanno anche parecchi moderni (5). Molti antichi ed alcuni pure dei posteriori andarono in parte tant'oltre, che ritennero l'applicazione analoga di una legge ai fatti omessi, come l'unico caso d'interpretazione estensiva, e così confusero affatto l'interpretazione estensiva di una legge con l'analoga applicazione di essa. A questi appartiene esempigrazia Kleinschrod, laddove nel suo sviluppo sistematico, parte II p. 318, dice, che l'interpretazione estensiva consiste nel fare, che le parole troppo ristrette vengano allargate quanto lo ammette la più lata ragion della legge, e che parecchi casi non nominati sieno giudicati a tenor della legge, perchè la sua ragione comprende anche quelli. Come qui Klein-

(5) Di questo numero è ancora Thibaut nel diritto delle pandette §. 51.; e nel suo scritto sull'interpretazione logica §. 12, e 28. Egli per altro fece meglio degli antichi, in quanto che, sebbene annoveri, come loro, l'analogia nell'interpretazione estensiva, pur distingue due casi capitali di questa, e li contrappone agli altri di vera interpretazione estensiva.

schrod confonde l'interpretazione estensiva con l'analogia legale (6), così Jordan nel suo scritto sull'interpretazione delle leggi penali (1818 p. 80 e seg.) confuse l'interpretazione estensiva con l'analogia giuridica. In fatti sotto il titolo dell' *interpretazione della legge penale* dice: « Per interpretazione estensiva qui s'intende l'estensione effettiva; onde si tratta di ricercare, se le leggi penali si debbano estendere ancora a quei casi, che non sono in vero contenuti nelle parole della legge, ma bensì nello spirito dell'intiero sistema del diritto penale. In questo senso (egli aggiugne) i criminalisti hanno sempre ammesso l'interpretazione estensiva ». Anche Grolman, che in un buon articolo (7) cercò di rettificare le

(6) Kleinschrod l. c. p. 322 dà una definizione un poco modificata dell'interpretazione estensiva: la qual definizione secondo il senso dell'autore, dovrebbe esser la medesima di quella, precedentemente data, ma che, dove si prendano strettamente le sue parole, contiene una contradizione. Egli dice in fatti: « L'interpretazione estensiva ha luogo, allorchè un fatto non è nominato per vero dire nella legge, ma per altro porta in fronte l'idea dei casi ivi espressi, e gli è pienamente applicabile la ragion della legge ». Amendue questi punti si debbon negare. Quando l'idea del fatto nominato nella legge, la misura della sua punibilità, e la ragion della legge si combinano in una azione, il caso non è più omesso che materialmente; perchè appartiene come specie al genere espresso. È chiaro, che quando un caso porta in fronte l'idea di quello espresso nella legge, vale a dire è una specie del genere nominato nella legge, non può considerarsi trapassato dal legislatore. In generale que' paragrafi di Kleinschrod sono pieni di oscurità e di contradizioni. Come Kleinschrod cadesse in tali contradizioni, vien dichiarato da Feuerbach nella sua critica del progetto di Kleinschrod, parte II, p. 31. e seg. Tittman nelle sue instituzioni della scienza del diritto penale, §. 15. della prima ediz., fa il simile di Kleinschrod.

(7) Nella sua biblioteca per la scienza del diritto penale, parte I. fasc. I. p. 51 e seg. (1797) confront. co' suoi principj della scienza del dir. crim. prima ediz. (1798) §. 140, 143: seconda ediz. §. 102, 129.

Digitized by Google

idea degli antichi intorno all' interpretazione, non distinse a dovere, e così non potè recare al debito punto la sua dimostrazione; perocchè egli pure in qualche parte confuse l'interpretazione con l'analogia. (p. 66 e 67 del cit. discorso).

Certamente nel lato senso, che ha il vocabolo romano *interpretatio*, appartiene ad essa anche l' applicazion dell' analogia. *Interpretatio* in fatti in quel senso lato significa in genere tutto quanto lo sviluppo e il perfezionamento scientifico del diritto. Ma in questo sviluppo e perfezionamento del dritto differiscono essenzialmente fra loro le due capitali funzioni, dell'interpretazion delle leggi (*interpretatio* in senso stretto), e dell'applicazion dell' analogia in *supplimento* alle leggi. Con l' analogia legale una legge, a tenore della sua ragione, si estende ai casi omessi: e di qui si viene a conoscere l' errore di quelli, che annoverano l' analogia nell' interpretazione estensiva delle leggi. Ma fra l' estension di una legge secondo la sua ragione, cioè fra l' analoga applicazione di essa, e l' interpretazione specialmente estensiva della legge, intercede una gran differenza.

L' interpretazion di una legge si occupa solamente del tenore di essa. Mediante l' interpretazione, come dice egregiamente Savigny, si dee mettere in chiaro il tenor della legge, e trovar quello, che il legislatore effettivamente pensò, e volle determinare e dire con la medesima. L' interprete vuol meramente riconoscere il senso di una data legge, e sviluppare l' intiero contenuto di essa in tutte le sue relazioni. Anche l' interpretazione estensiva non va più oltre di questi limiti. Le semplici parole in fatti di cui si serve il legislatore, non sono sempre lo specchio il più fedele del suo pensiero. Non di rado il suo pensiero corse al di là delle parole, e volle abbracciare più di quello che esse dicono nel loro con-

sueto significato. Questo è ciò, che si dee ravvisare in una legge con l'aiuto dei mezzi scientifici d'interpretazione. E poichè quello che val come legge, e forma il suo vero tenore, non è constituito dalle semplici parole, ma dal senso nella legge riposto, che il legislatore espresse, e volle esprimere; così la legge debb'essere intesa ed applicata in questo senso, che eccede le sue parole, e che vuolsi considerare come il vero contenuto della legge (8). Tale è l'interpretazione estensiva, che per conseguenza si attiene al vero senso e tenore della legge.

Essenzialmente diversa è l'applicazione dell'analogia: la quale si riferisce soltanto ai vuoti delle leggi, ed al loro supplimento. Nell'analogia non si tratta di scoprire il vero senso, che il legislatore volle dare alla sua disposizione: ma di applicare le leggi (nel senso ritrovato con l'aiuto dell'interpretazione) ai casi, che furono affatto omessi dal legislatore. Con l'analogia si vuol trovare la decisione delle quistioni e dei casi, a cui il legislatore non pensò, e supplire ai vuoti delle leggi, a tenore di ciò, che queste disposero per altri casi affini.

Quando in fatti il giudice ed il cultore della scienza giuridica incontra delle quistioni, per le quali non trova alcuna decisione nelle leggi, con quali norme dovrà risolverle? Da quali fonti desumerà il modo di supplire ad un simil vuoto della legislazione? Molti antichi giuristi, e fra i moderni segnatamente Feuerbach, opi-

(8) Un'altra quistione, che per altro non appartiene a questo luogo, è quella con cui si cerca, se il senso estensivo della legge, il quale declina dalle parole di essa, quando non possa desumersi dalla legge medesima, nè dalla sua connessione e relazione con altre leggi, ma solamente da fonti, che non consistono nella legislazione promulgata, si debba seguitar come legge. Sopra questa ricerca v. le mie instituzioni di diritto privato wurtemb., tomo II. p. 144. e seg.

narono, che in questi casi il giudice debba solamente dipendere dalla sua subiettiva filosofia della legislazione, e supplire a sì fatti vuoti coi principj, che gli vengono somministrati dalla sua politica criminale, e dal diritto penale naturale, come a lui si presenta. Ma questa opinione, secondo la quale i varj giudici, partendo dai più diversi modi subiettivi di vedere intorno al diritto, alla giustizia, ed alla corrispondenza col fine, supplirebbero troppo spesso ai vuoti delle leggi in una maniera, che apertamente contraddirebbe ai principj, posti dal sommo imperante a fondamento della sua legislazione, onde non si potrebbe più sperare un perfezionamento conseguente del diritto, il quale si aggirerebbe anzi in una dissonanza perpetua, feconda di pessimi effetti, tanto per la vita, che per la scienza — questa opinione è così decisamente riconosciuta da altri come insostenibile, che oggidì può riporsi fra gli errori già rifiutati del tempo andato, e non importa spender parole nel combatterla. A niuno de'nuovi codici penali di Germania cadde in mente, per quanto mi sappia, d'indirizzare il giudice ad una tal fonte, per supplire ai vuoti delle leggi. Poco del pari si può appoggiare una tale opinione al diritto comune precedente. Il diritto romano vuole, come si rileverà dal seguito di questo discorso, che i supplimenti ai vuoti del diritto positivo si desumano dallo spirito dello stesso diritto positivo, cioè da ciò, che fu determinato da questo per casi affini e consimili, e dai principj generali, che gli servon di base: e la Carolina ancora, dove occorran dei vuoti nelle leggi, rinvia il giudice solamente a ciò, che è più conforme al diritto positivo, e così all'analogia del diritto, com'è di ragione anche in senso legislativo.

Il giudice dee decidere a tenor del diritto positivo esistente. Laonde se questo non gli somministra in certi

casi una espressa decisione; egli è tenuto a formarsela nello spirito, e dallo spirito del diritto positivo. In questo rispetto

1) le fonti del diritto comune, secondo la natura della cosa, lo rinviano primieramente all'analogia di una data legge particolare, quando egli trovi, che una quistione simile sia stata decisa da una legge (9), e che le ragioni di questa decisione legale intieramente si accomodino al caso lasciato indeciso. Così egli deve applicare alla quistione, lasciata indecisa, quella legge, e giudicare secondo l'analogia della medesima (L. 12, 13, 27, 32 pr. D. *de leg.* C. C. C. art. 104, 105). Imperocchè, quando le stesse ragioni, che determinarono il tenore di una legge, sono intieramente applicabili ad un caso omesso, affine a quello legalmente risoluto, bisogna presupporre, che il legislatore, se lo avesse contemplato, lo avrebbe deciso nella medesima guisa. Mediante l'applicazione di una tale analogia si supplisce a vuoti della legge nello spirito e nel senso del legislatore, e il diritto prosegue a svilupparsi in un modo conseguente.

2) Ma in molti casi ad una quistione, che non sia legalmente decisa, non si potrà applicare una qualche legge, vale a dire non si troverà un fatto simile, che sia già risoluto in una legge; o, quando pure si trovi, potrà accadere, che le ragioni, alle quali si appoggia la decisione legale, non sieno affatto adattate alla quistione tralasciata. Anche allora il giudice dee, per quanto è possibile, decidere il caso omesso nello spirito del diritto

(9) Io qui prendo, come in generale nell'analogia legale, la parola *legge* in senso lato, nel quale essa comprende anche il diritto usuale. Imperocchè ancora nel diritto usuale, quando esso si è debitamente formato, e sussiste come valida norma giuridica, si dee far uso dell'applicazione analoga del pari che nelle leggi propriamente dette. Conf. anche la L. 32. pr. D. *de leg.*

esistente, e perciò ricorrere all'analogia di tutto l'insieme del diritto positivo, cioè dalla natura della cosa a tenore del diritto positivo, dallo spirito del medesimo, e dai principj generali, che gli servon di base, dedurre la norma della sentenza. A queste considerazioni lo indirizza anche il diritto romano (L. 2. §. 18. Cod. *de vet. jure enucl.*), e la equità, dalla quale, secondo il diritto romano, debbono attingere in simili casi il giudice ed il cultore scientifico del diritto, avvegnachè in essa si ritrovino racchiusi i principj della giustizia, che valuta tutte le circostanze, dedotti dallo spirito del diritto positivo (10). In pari modo la Constituzione Carolina dichiara, che in tali casi i giudici debbono consultare come vuol esser trattata e giudicata la causa nella maggior possibile conformità con le nostre leggi imperiali, e con questa nostra ordinanza, ed a tenore di ciò profferire la loro sentenza.

Dietro le cose esposte mi sembra innegabile, che queste due analogie differiscan fra loro. Esse hanno comune un carattere, che le diversifica dall' interpretazione estensiva, il quale consiste nel trovare una norma per risolvere le quistioni, che sono state omesse dalla legislazione: ma non si occupano, come l'interpretazione estensiva, di ricercare, in qual modo il legislatore ha deciso il caso, od ha voluto deciderlo; perocchè si ricorre alle medesime ad effetto di cercare una norma per un caso, che il legislatore non decise, nè volle decidere, non avendovi affatto pensato. Queste due analogie ricercano solamente, come il legislatore avrebbe deciso il caso, se vi avesse rivolto la mente, cioè qual sia la decisione, che più si conformi col senso del legislatore, e con lo

(10) Conf. le mie instituzioni di dir. priv. wurtemb. tomo II. p. 62. e seg.

Digitized by Google

spirito delle leggi da lui stabilite (11). Ma l'una analogia differisce dall'altra rispetto al modo, con cui ciascheduna ritrova la norma per supplire ai vuoti della legge. Nell'un caso la decisione di una legge speciale somministra la norma analoga di risolvere: nell'altro questa norma è fornita dai principj generali, che si deducono dalla positiva legislazione, o dalle risoluzioni, che si contengono in diverse leggi. Quindi ambedue le funzioni, per così dire, hanno un differente processo scientifico, e ciascuna prende regola dai suoi particolari principj (12).

Ma qual nome si vorrà dare all'una, quale all'altra funzione? La terminologia, che fu da primo introdotta, per quanto io sappia, da Grolman, a me sembra la

(11) Molto bene questa differenza dell'analogia dall'interpretazione estensiva è rilevata da Feuerbach nella sua critica del progetto di Kleinschrod, parte II. p. 24, e da Breidenbach nel comentario al codice penale del Granducato di Assia, tomo I. p. 198, 199. È stata rettamente notata anche in due moderne dissertazioni, cioè da *L. J. Koenigswarter de juris crim. placito: nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*, Amst. 1835 p. 143. e da *B. Post de analogia ab interpretatione extensiva rite distinguenda, et de diversis analogiae generibus ratione juris criminalis*, Tilae 1840, p. 13. e seg. Del resto la memoria di Post, scritta secondo le idee di Thibaut e di Savigny, non offre riflessioni di essenziale importanza per le cose, onde tratta. La memoria di Koenigswarter è un lavoro molto diligente sulla quistione, se nei casi omessi dalla legge sia ammissibile la punizione per analogia. — Dall'analogia può trarsi certamente profitto per l'interpretazione; perchè dal modo, con cui son decisi certi casi nella legge, si può desumere il senso, che il legislatore annesse ad una decisione, che diede in modo dubbioso in altri casi simili. Se ne può vedere un esempio presso Aug. Ott. *Krug, Studj preparatorj ad una interpretazione razionale del cod. crim. del regno di Sassonia*, parte I. p. 4—7 (1838).

(12) Ciò riesce di speciale evidenza quando si sviluppano esattamente i principj dell'una e dell'altra nei loro particolari. V. esempigrazia le mie instituzioni di dir. priv. wurtemb. §. 13, 14.

più conveniente. Quel caso di analogia, nel quale il giudice si attiene alla decisione di una data legge particolare, si chiama analogia legale: e quel caso d'analogia all'incontro, nel quale il tribunale si dee regolare, non secondo una particolar decisione legale, ma secondo i generali principj, che universalmente risultano dalle leggi, e dall'insieme del diritto positivo, e che servono di supplimento alla norma deficiente, si chiama ottimamente analogia giuridica (13).

Se nel diritto penale si permettesse illimitatamente l'uso dell'analogia legale e giuridica, si potrebbe senza contrasto arrivare alla moltiplicazione dei casi punibili, tanto in via economica, che ordinaria, e fino al segno che il tribunale irrogasse la pena anche ad un fatto, che la legislazion positiva non avesse registrato fra le azioni punibili.

1) Il giudice in fatti, in un caso tralasciato dalla legge, e perciò non segnalato come punibile, potrebbe punire, perchè una legge minaccia di pena un caso simile, e perchè le stesse ragioni, che produssero la determinazion della pena per questo caso legalmente risoluto, militano ancora per quello omesso. Esempigrazia, parlando di diritto comune, potrebbe un tribunale voler punire

(13) Per altro non merita approvazione la dichiarazione ulteriore, che Grolman fa dell'analogia legale e giuridica. Egli non distingue debitamente la prima dall'interpretazione estensiva (v. sopra nota 4.), e nei principj fondamentali della scienza del diritto crim. 4.ª ediz. §. 129. dice, che l'analogia giuridica è il diritto criminale generale dello Stato, avuto riguardo alle modificazioni, che vengono somministrate dalle illazioni, necessariamente dedotte dalla positiva legislazione, per la risoluzione dei casi, che non furon da essa determinati. Ma il così detto diritto criminale generale dello Stato, cioè il diritto penale naturale, non è pel giudice, nè pel cultore scientifico di una giurisprudenza positiva, la fonte, ond'egli possa attingere l'analogia giuridica.

l'evasione di un debitore civilmente arrestato, dietro l'analogia di quella legge, che dichiara punibile l'evasione dell'individuo criminalmente arrestato: potrebbe inoltre punire l'infedeltà d'un procuratore in caso di così detto procedimento giuridico non contenzioso, dietro l'analogia della legge, che dichiara punibile la prevaricazione in una vera e propria controversia giuridica. Dei casi, in cui si fa uso dell'analogia legale con l'effetto di moltiplicare le azioni punibili, si presentano con molta frequenza nel diritto romano, e le fonti romane designano questo procedimento con la frase *ad exemplum legis vindicare* (14).

2) Se l'uso dell'analogia fosse illimitato nel diritto penale, il tribunale potrebbe irrogare la pena ancora in que' casi, che non sono contemplati dalle leggi, e per la cui punizione non si può nemmeno addurre la somi-

(14) Mittermaier nel §. 75, a. nota d. della XIII ediz. degli elem. di Feuerbach dice dell'interpretazione delle leggi penali, che il diritto rom. distingue la dichiarazion delle leggi *ex sententia legis* da quella *ad exemplum legis* (L. 7. §. 3. D. ad L. Jul. Maj. L. 12. D. ad L. Aquil.), e che la seconda potrebbe per avventura parificarsi alla così detta analogia giuridica. In ultimo luogo si trova ivi citato Velske *dell'atto tradimento* p. 23. Ma Veiske non dice effettivamente quello, per cui Mittermaier lo cita. È cosa certa, che punire *ex sententia legis*, e punire *ad exemplum legis* non sono espressioni equivalenti. Punire *ex sententia legis* significa punire a tenor della legge, cioè secondo il senso di essa: il che appartiene all'interpretazione. All'incontro punire *ad exemplum legis* significa punire in un caso che la legge non comprende nel suo tenore, ma che è simile ad uno legalmente deciso, cioè secondo l'analogia legale. Quindi ciò che dice Mittermaier è falso sotto un doppio rispetto. È falso quanto egli dice di una dichiarazion della legge *ad exemplum legis*, ed è pur falsa l'addizione, perchè *ad exemplum legis* non significa l'analogia giuridica secondo la spiegazione, che ne dà Mittermaier, ma solamente l'analogia legale.

glianza di una legge determinata, quando fosse convinto, che secondo i generali principj della punibilità delle azioni ingiuste, dai quali si partono le leggi criminali, si dovesse considerare come degno di pena anche il caso tralasciato. Così per esempio nel diritto romano verrebbero a poco a poco colpiti di pena pubblica gli omicidj colposi, la cui punizione non si potrebbe desumere da una data legge particolare, ma solamente dallo spirito generale del diritto positivo, e lo stellionato diventerebbe un delitto pubblicamente perseguitabile.

Il ricercare, se il giudice possa punire secondo l'analogia giuridica i casi omessi, è cosa di minore importanza, nel diritto comune, a motivo della grande estensione, che nel medesimo hanno i delitti di *vis*, d'*injuria*, e di *stellionatus*. A questi si possono riportare quasi tutti i fatti, che a molti sembrano casi punibili omessi; per modo che sotto così fatto rispetto rimarrà poco spazio all'applicazione dell'analogia giuridica, per ciò che riguarda la moltiplicazione dei casi punibili, purchè il riferire un caso concreto sotto l'idea generale, fissata dalla legge, non si confonda con l'analogia (15). Del resto secondo il diritto comune, in proposito della quistione, se il giudice possa punire, dietro la semplice analogia, i casi omessi, bisogna esattamente distinguere fra l'analogia giuridica e la legale; perocchè il rispondere affermativamente rispetto all'analogia legale non soggiace ad alcun dubbio, e così si risponde dalla maggior parte a tenore del diritto comune (conf. i miei elem. tomo I. p. 68. e seg.): ma il rispondere affermativamente rispetto all'analogia giuridica soggiace a tanti dubbj, che molti preferiscono di risolvere la quistione negativamente.

(15) Una tal confusione sembra dominare in ciò che dice Mittermaier nell'archivio di dir. crim. an. 1834 p. 506.

La distinzione è importante anche dal punto di vista legislativo: sotto il quale per vero dire io non ammetterei la punizione dei casi omessi, nè secondo l'analogia legale, nè secondo la giuridica; avvegnachè per la libertà civile sia cosa troppo incerta e pericolosa, che il giudice, dietro l'analogia di alcune leggi, o secondo lo spirito dell'intiera legislazione, possa punire quegli atti, che dalla legge non furono dichiarati delitti. Ma in ogni caso una punizione fondata sull'analogia giuridica è molto più fallace di quella fondata sull'analogia legale; perchè il giudice può essere troppo facilmente tentato a porre il suo proprio spirito nel luogo dello spirito delle leggi, e perchè nell'abbracciare lo spirito di un'intiera legislazione è troppo difficile non lasciarsi dominare dall'influenza di opinioni subiettive. Per lo che è di gran momento per la legislazione l'esaminare, se, quando si voglia ammettere la punizione dietro l'analogia, si debba ristringere il giudice alla sola analogia legale, ed interdirgli la giuridica. Alcuni codici moderni hanno risoluto affermativamente la quistione rispetto alla prima, e negativamente rispetto alla seconda.

Quando si voglia esattamente investigare, se, e fino a qual segno, il giudice possa punire dietro la semplice analogia i casi omessi, è indispensabile la distinzione, esposta di sopra, fra l'analogia legale e la giuridica. Imperocchè per mezzo di essa si pongono in chiaro la periferia e le varie funzioni, di cui qui si tratta, e senza idee perspicue in questo proposito non si può sodisfare alla ricerca con la debita precisione. E tanto più è necessaria una esatta divisione di queste relazioni, in quanto che nella scienza e nella pratica possono dominare diverse vedute sulla materia, perchè da taluni si concede la punizione dietro l'analogia legale, e quella all'incontro dietro l'analogia giuridica o si nega sempre, od in qual-

che caso, come fanno effettivamente non pochi criminalisti, parte nel senso del comun diritto positivo, parte nel senso legislativo (16). Una simile distinzione noi ritroviamo ancora in alcune delle nostre moderne legislazioni germaniche; avvegnachè per esempio il codice penale di Sassonia e quello di Brunsvick permettano la punizione dietro l'analogia legale, e la interdicano dietro la semplice analogia giuridica.

Da queste ragioni apparisce, che una tal distinzione, fondata in genere sulla natura della cosa, è necessaria.

Se non che si potrebbe obiettare, che tutte quante le punizioni appoggiate all'analogia sono affatto inammissibili, onde non occorre fare, anzi bisogna del tutto rigettare la distinzione fra l'analogia legale e la giuridica. E ciò viene effettivamente opposto da taluni, e su questa sola ragione riposa, come si vedrà più sotto, l'argumentazione, che a combattere l'intiera distinzione fu diretta da Escher, e da Von Preuschen; onde Koenigswarter nella nota 11 della citata dissertazione p. 144 scrisse, che non credea necessario l'insister più oltre sulla distinzione fra l'analogia giuridica e la legale, « *quum totam analogiam cum juris criminalis principiis pugnare, atque adeo prorsus rejiciendam esse contendamus* ».

Ma, prescindendo dal considerare, che i citati scrittori argumentano dal punto di vista legislativo, mentre da quello di una data legislazione positiva, nella quistion relativa alla punizione dei casi omessi, la distinzione fra l'analogia legale e giuridica può riuscire, come si è di-

(16) Conf. esempigrazia Hoffter Elem. §. 23. Bauer Elem. seconda ediz. §. 120., e nelle sue riflessioni sul progetto annoverese, tomo. II, p. 47. e seg. (In seguito Bauer cangiò di opinione, senza per altro rigettare la distinzione in sè stessa. V. i suoi trattati di dir. pen. tomo I. p. 138. e seg.) Marezoll Elem. p. 57.

mostrato, di pratica importanza; si trascura poi, così ragionando, un punto essenziale, che è stato veramente dimenticato dalla maggior parte.

D' ordinario la quistione, se i casi omessi si possano punire dietro semplici analogie, si considera come del tutto equivalente a quella, in cui si cerca, se il giudice criminale possa in generale far uso dell' analogia. Ma la prima di sì fatte quistioni non è in alcun modo la sola, che possa nascere in materia d' analogia, nè constituisce l' unica applicazione, che dell' analogia sia dato di fare. Io l' ho già indicato ne' miei elementi, laddove (tomo I. p. 70) dissi, « che nell' analogia giuridica si doveano « particolarmente distinguere due quistioni, cioè se la « medesima sia ammissibile in generale nei punti « affatto omessi, e se si possa ammettere in specie ad « effetto di punire secondo lo spirito della legislazione « quei casi omessi, che non cadono sotto l' analogia di « alcuna legge determinata. Della sua ammissibilità in « generale non si può dubitare ». Ma quanto sia stato trascurato questo punto, e come franteso il mio cenno, lo mostra fra gli altri Rosshirt, quando (nel suo giornale, tomo II. p. 259) dice: « Allorchè Waechter in- « segna, che l' efficacia dell' analogia debb' essere in « generale ammessa da tutti, la sua concessione è « onninamente infruttuosa, perchè egli pone in dubbio « l' applicazion dell' analogia in particolare, cioè in « quanto un' azione debba esser punita secondo lo spirito « del diritto, dove la lettera manca ». Qui sembra, che Rosshirt non abbia considerato le varie applicazioni, che in generale possono farsi dell' analogia, e che sia partito dal concetto, che in essa si tratti meramente di punire un' azione, che dalla legge non sia stata dichiarata espressamente punibile. — Altri all' incontro hanno dato il debito peso alla mia distinzione, e fanno differenza,

come me, fra l'applicazione dell' analogia in generale, e la sua particolare applicazione al caso, in cui condurrebbe alla punizione di un fatto, non espressamente dichiarato punibile dalla legge, come esempigrazia Hefter Elem. §. 23., Krug l. c. p. 3. e seg., e la legislazione di Wurttemberg (V. più sotto). I vuoti possibili di una legislazione penale consistono forse soltanto nell'omissione di certe azioni, che sono degne di pena? Non possono ancora riferirsi ad altre cose? E se ad altre cose si riferiscono, con quali fonti si suppliranno? È manifesto, che il supplimento si potrà unicamente desumere dall' analogia di alcune leggi, o da quella di tutto quanto il diritto positivo. Così, oltre al caso speciale della multiplicazion delle azioni punibili, si possono presentare molte altre occasioni di applicare l'analogia a supplire i vuoti delle leggi, specialmente in una legislazione, che sia composta di frammenti. Può nascere esempigrazia la quistione, se una circostanza attenuante o aggravante, espressa dalla legislazione in un dato delitto, si possa per analogia applicare ad un altro delitto simigliante, in cui non è menzionata dalla legge. Non si manca certamente di esempj di altre simili applicazioni dell'analogia nel campo del diritto comune: e segnatamente il modulo generale della penalità, secondo il sistema, comunemente seguitato, di leggi penali indeterminate, o relativamente determinate, non è altro che un risultato dell' analogia giuridica, al quale conducono i principj, che servon di base alla nostra legislazion positiva. (V. i miei elem. tomo I. p. 70 p. 242. nota 92). Parimente l'ammettere alcune generali circostanze attenuanti e aggravanti, nel diritto comune dipende solamente dall' analogia legale e dalla giuridica: e quanto afferman taluni, che si debba cioè permutare la pena, quando il delinquente non valuti per un male quella legalmente determinata, anzi la de-

sideri, non può esser fondato che sopra la supposta analogia giuridica, cioè su di un principio desunto dallo spirito del diritto positivo. Anche nel risolvere i casi, che le leggi dichiararon punibili senza fermare precisamente il male da decretarsi, il quale non sia stato neppure fissato da una valida consuetudine, il giudice, se vuol esser giusto, non può dedurre la misura della pena che dalla sola analogia. Ed appunto in simili circostanze la Carolina nell'art. 105 rinvia il giudice all'analogia legale e giuridica.

Le idee qui sviluppate son quelle stesse, che io già accennai ne' miei elementi. Ma tuttochè io creda di averle, mediante la superiore esposizione, assicurate da false intelligenze, reputo non ostante opportuno di avvertire;

1) che l'analogia giuridica e legale anche nel diritto penale è una fonte importante pel giudice, e pel cultore scientifico della giurisprudenza, ad effetto di supplire ai vuoti della legislazione positiva, sebbene si prescinda affatto dalla quistione della moltiplicazione dei casi punibili;

2) che si dee necessariamente distinguere fra l'analogia giuridica e la legale, perchè il procedimento dell'una diversifica da quello dell'altra, e perchè quantunque abbiano un'eguaglianza generica, intercede per altro fra loro una specifica differenza;

3) che ricercando segnatamente, se il giudice possa punire per analogia i casi omessi nella legge, fa d'uopo distinguere fra l'analogia giuridica e la legale, perchè le ragioni, che portano a risolver la quistione affermativamente, o negativamente, sono nell'una e nell'altra diverse, o possono almeno esercitare una più o meno grande influenza, e perchè nel diritto comune la risposta affermativa è indubitata per l'una, e può esser posta in dubbio per l'altra, ed anche alcuni moderni codici di Germania ammettono l'una, e rifiutano l'altra.

II.

Ma fino a qual punto queste vedute, e segnatamente quella della esatta distinzione fra l'analogia legale e giuridica, hanno trovato aderenti nella nostra scienza, e nelle nuove legislazioni?

Secondo Rosshirt questi aderenti, in qualche parte almeno, sarebbero molto incerti. Egli comincia in fatti un discorso sulla supposta differenza dell' analogia giuridica dalla legale (17) con le parole: « questa distin-
« zione, che noi fummo i primi ad impugnare, che è già
« penetrata nei codici, e che non si può nemmeno por-
« tare a pratica intelligenza, perde a poco a poco di
« credito. I più moderni scrittori, esempigrazia Von
« Preuschen ed Escher vengono dalla mia parte,
« e nell' applicazion di que' codici, che hanno adottato
« la detta distinzione, la grande esperienza della vita
« diviene adesso mia insuperabile alleata ». Per ciò che concerne la pratica intelligenza della distinzione, io credo di aver già dichiarato quanto importava: e per ciò che spetta all' esperienza della vita nell' applicare i detti codici, noi la vogliamo aspettare. Io non approvo certamente la distinzione, che in questo particolare hanno fatta alcuni dei moderni codici: ma la censuro in un senso affatto diverso da quello, in cui non è accettata da Rosshirt. Io stimo difettoso e fallace, che per esempio il codice penale di Sassonia e quello di Brunsvick ammettano la punizione dietro l'analogia legale, mentre Rosshirt sembra non andar d'accordo con quei codici, solamente perchè non si spingono ancora più oltre, e non permettono la punizione anche dietro l' analogia giuridica. Ma quanto al vedere, se la detta distinzione

(17) Nel suo giornale, tomo III. p. 393.

perda a poco a poco di credito, si potrebbe professare un sentimento affatto diverso da quello di Rosshirt. Se in fatti esaminiamo più esattamente la cosa, noi ritroviamo, che il maggior numero dei moderni criminalisti tedeschi ammette la distinzione. Io voglio citare a modo d'esempio solamente Jarcke (Instituzioni tomo I. §. 50), Heffter (Elementi §. 23), Abegg (Elementi §. 18), Bauer (Elementi, seconda ediz. §. 120, e nella sua opera posteriore), Marezoll (Elementi §. 57): e, quanto alle moderne legislazioni, le varie relazioni dell'analogia giuridica e legale furono pienamente riconosciute dai fattori legislativi degli Stati constituzionali germanici del tempo attuale, esempigrazia in Wurttemberg, in Sassonia, in Assia Darmstadt, in Brunsvick, ed in Baden. Anche i civilisti non ricusano la differenza fra l'analogia legale e la giuridica. Fra questi io mi limiterò a citare solamente il Savigny, che l'ammette per la cosa, nel suo sistema di diritto romano, tomo II. p. 202, e Kierluff, che nella sua teorica del diritto civile, tomo I, p. 30. adotta la distinzione per la cosa e pel nome, la dichiara con abil maniera, ed illustra la sua dichiarazione con una serie di esempj di diritto romano. Escherbenst e Von-Preuschen si unirono modernamente a Rosshirt nel rigettare questa distinzione (ma in un senso affatto diverso, in quanto che essi rifiutano qualunque riguardo all'analogia, mentre Rosshirt la vuole), e come un altro avversario si può citare ancora Mittermaier. Sebbene il numero degli oppositori sia di gran lunga minore di quello de' fautori; pure la decision della lite dipende dalle ragioni, che i primi adducono, le quali si voglion qui esaminare con qualche diligenza.

I. Mittermaier nella duodecima edizione degli elementi di Feuerbach §. 75. a. ammesse la differenza fra l'analogia legale e la giuridica, ma non lo fece

con la necessaria precisione (18), e, come gli rimproverò Rosshirt (19), non separò debitamente l'interpretazione estensiva dall'analogia legale: nel qual difetto cadde pure nell'ultima edizione (decimaterza) dei menzionati elementi. Rispetto alla distinzione fra l'analogia legale e la giuridica egli dice in questa edizione decimaterza §. 75. a. nota i., che l'aveva precedentemente adottata, ma che nelle discussioni delle commissioni statuali si è convinto della sua inutilità, e che perciò rimette a quel che dicono della sua inconvenienza Rosshirt nel suo giornale tomo II. p. 259, ed Escher. Egli non entra in un più esatto ragguaglio dell'inconvenienza di questa distinzione; perchè nel testo, dopo averla addotta e spiegata, si limita a notare: « Indarno si cerca di dare a questa distinzione « una ferma base con l'applicarla (20), ed è più giusto

(18) Questa si desidera ancora in ciò che egli dice nella sua opera, che porta per titolo *la legislazion penale nel suo perfezionamento*, vol. I. p. 167-169.

(19) Nel suo giornale tomo II. p. 258.

(20) Mittermaier dice su di ciò nella nota h: « Nelle discussioni delle Camere uno si è stillato il cervello per determinare se si doveva dire *secondo le parole o il senso della legge, o secondo lo spirito, o secondo il senso incontrastabile* ». Il che per altro non riguardava il fondamento, ma la retta espression della cosa. Certamente sono sorprendenti le ricerche e le controversie, che si fecero in proposito. Del resto a Mittermaier si potrebbe in parte attribuire la colpa di quelle dispute, in quanto che egli (come riferisce Breldenbach nel comentario del cod. pen. d'Assia tomo I. p. 179.) propose pel detto codice l'art. seguente: « Le sole azioni od omissioni, che espressamente in questo codice, « o secondo il senso incontrastabile delle presenti disposizioni, sono « minacciate di pena, soggiacciono alle pene quivi determinate »: e sotto questo rispetto fece osservare, che « con le parole *secondo* « *il senso incostrastabile* si oppone semplicissimamente un argine « all'erronea opinione, che non sia permessa alcuna interpretazione « estensiva, e si conduce ad un tempo il giudice a punire, non già « secondo una volontà congetturale del legislatore, ma solamente nel

« l'ammettere che, nessun giudice sia autorizzato ad irro-
« gare la pena in un caso, che non è legalmente minac-
« ciato, per la sola ragione, che sembrano giustificarla i
« motivi di punibilità; mentre non è mai impedito di
« punire i casi non espressamente minacciati nella legge,
« in quanto il giudice, secondo i principj della logica in-
« terpretazione, supplisca soltanto con una illazione al
« difetto dell'espressione legale ».

Non staremo a rilevare, che l'ultima proposizione sembra mancante di chiarezza: ed osserveremo piuttosto, che fra le altre autorità Mittermaier cita al suo proposito la L. 12, 13, 27. D. *de leg.*, e la L. 7. §. 3. D. ad L. *Jul. Maj.* Questi passi per altro non parlano affatto d'interpretazione logica, ma evidentissimamente d'analogia legale. Quanto al resto (21) Mittermaier da un lato confonde la quistione formale con la materiale, cioè la

« caso in cui le azioni non espressamente comminate di pena, risultan
« punibili mediante la regola di una interpretazione razionale delle
« leggi penali ». È pure inesatto ciò che Mittermaier osserva nella nota g, che nelle discussioni statuali di Stuttgard e di Dresda si prendesse in senso diverso l'analogia legale. Solamente sulla pratica importanza, che si volle dare all'analogia legale differirono le opinioni. Il Governo in fatti e gli Stati di Wurttemberg furon d'accordo nello stabilire, che fosse inammisibile una punizione per analogia in genere, e segnatamente per analogia legale; mentre il Governo e gli Stati di Sassonia dichiararono ammisibile la punizione per analogia legale, e non quella per analogia giuridica.

(21) Mittermaier aggiugne alle cose addotte nel testo: « Rispetto al comun diritto germanico l'arbitrio del giudice non
« vien dilatato per la ragione che ivi manca una chiusa legislazione,
« ma basta bensì, che una consuetudine indubitata fornisca una
« norma di punizione ». Io confesso di non intendere, come ciò si connetta in genere coll'oggetto del paragrafo, cioè con l'interpretazione delle leggi penali, ed in specie con ciò che immediatamente precede. Qual arbitrio del giudice nel diritto comune può rispetto all'interpretazione venire a dilatarsi per la ragione, che egli dee sentenziare anche dietro la consuetudine indubitata?

distinzione in genere fra l'analogia giuridica e la legale con la quistione affatto speciale e materiale, se si possano punire per analogia i casi omessi. E dall'altro lato sembra essergli sfuggito, che nell'applicazion dell'analogia non si tratta semplicemente della punizione dei casi omessi dalla legge, e che questa non è che una delle occasioni, in cui l'applicazion dell'analogia può venire in quistione.

Per l'inconvenienza della distinzione fra l'analogia legale e la giuridica, Mittermaier, come si è già notato, rinvia a Rosshirt e ad Escher. Ma da quanto siamo per dire risulterà, che lo stesso motivo, che generò l'errore e la confusione di Mittermaier, serve di base anche alle argumentazioni di Rosshirt e di Escher.

II. Rosshirt in fatti nel tomo II del suo giornale p. 259 dice in proposito de' miei elementi « Waechter qualifica l'analogia legale, come la illazione di un « simil caso legale da una legge particolare, e l'analogia giuridica, come la illazione della penalità di un « caso da tutto quanto il sistema del diritto positivo, che « non lo contempla. Egli fa praticamente la differenza, « dicendo, che la quistione, con la quale si ricerca, se « sia permesso punire nei punti affatto omessi, quando « non si possa loro adattare alcun passo di una fonte « giuridica, dee separarsi da quella, con la quale si ricerca, se sia concesso punire, quando si ritrovi una « somiglianza in una speciale disposizione del diritto esistente. Ma qui Waechter presuppone, che la legge « particolare sia il vero fondamento della punibilità. Noi « riputiamo errata tutta la direzione di questa esposizione, « perchè non si può immaginare alcun caso, in cui nello « spirito della legislazione si presenti un'analogia, la « quale non possa essere esaminata come analogia dal

« punto di vista di particolari disposizioni del dritto.
« In somma l'invenzion delle formule di analogia
« giuridica e di analogia legale è una conse-
« guenza del sistema del giusto mezzo: ma l'analogia
« debb'essere affatto rigettata o semplicemente ammessa
« come interpretazione estensiva della legge, il che
« equivale ad un rigetto; onde Waechter dovrebbe
« intendere, che egli ha piantato una distinzione mera-
« mente teorica, e niente affatto pratica, la quale per
« questo appunto si vorrebbe schivare. Coloro che ne-
« gano l'analogia giuridica, debbono necessariamente
« rifiutare nel fatto anche l'analogia legale: dal qual
« punto di vista si osserva, che in tal distinzione ritro-
« vasi una logica inconseguenza ».

Io potrei notare all'incontro, che non distinguo come asserisce Rosshirt. Io non prendo l'analogia giuridica sotto l'aspetto limitato dell'illazione della penalità di un caso, non contenuto nel diritto positivo, da tutto quanto il sistema di esso; perocchè questa non è che una speciale applicazione, che si può fare dell'analogia giuridica: e qui sta appunto la ragione, per cui, come si è detto di sopra, Rosshirt è di diverso parere. Di più nella distinzione semplicemente considerata in sè stessa io non presuppongo affatto, che nel campo del diritto positivo sia questo diritto positivo medesimo la sola norma del giudice. Rossbirt, come gli altri miei avversarj, impugnando la distinzione fra l'analogia giuridica e la legale, rivolge sempre il pensiero alla sola moltiplicazione dei casi punibili; onde sembra che in tutta questa polemica si sia smarrita la strada. Del resto, anche ammessa questa limitazione, Rosshirt avrebbe dovuto almeno combattere la distinzione. Egli è d'opinione, che sia ammissibile in generale la punizione analoga dei casi omessi, ed in questa sentenza rimane oggidì quasi solo:

ma appunto perciò egli doveva esattamente distinguere fra l'analogia legale e la giuridica, in quanto che il procedimento scientifico dell'una è diverso da quello dell'altra. Ma certamente tutto è troppo indeterminato laddove egli dice nel suo giornale tomo III. p. 394: « Non « mi si vuol concedere, che accanto alla legge, che di « tempo in tempo si diparte dal supremo potere (cioè « accanto al codice, che entra nel sistema) scorra una « fonte giuridica, che materialmente e formalmente sus- « siste di per sè stessa, e che sgorgando insieme dalla « consuetudine, dall'uso forense, dall'interpretazione, dal- « l'analogia, dalle combinazioni scientifiche, e dall'equità, « non riman chiusa all'occhio del vero giureconsulto ». Quando per altro Rosshirt asserisce, che l'invenzion delle formule di analogia giuridica e di analogia legale è una conseguenza del sistema del giusto mezzo, e che perciò l'analogia si vuole affatto rigettare; non si sa effettivamente comprendere, come questa si debba rifiutare in sè stessa a motivo di quella distinzione, e giudicare in generale da una sua applicazione speciale. Per quello poi, che riguarda il sistema del giusto mezzo, si vede, che è stato nuovamente confuso il punto materiale col formale. Si seguita senza contrasto un sistema di giusto mezzo, quando si ammette, come fanno alcuni codici moderni, la punizione, dietro l'analogia legale, e si vieta, dietro l'analogia giuridica. Ma prescindendo dall'osservare, che è sempre meglio far così, anzichè ammettere la punizione anche dietro l'analogia giuridica; l'adozione di un tal sistema non procede dalla distinzione delle due analogie, che è pur sempre richiesta da fini scientifici e pratici. Ma che coloro, i quali si oppongono all'analogia giuridica, debbano necessariamente rigettare anche l'analogia legale, è proposizione, cui si potrebbe contraddire in virtù delle cose già esposte. Pa-

Digitized by Google

rimente è stato già mostrato di sopra, che ancora nella speciale applicazion dell'analogia alla moltiplicazione dei fatti punibili, si danno dei casi, in cui si può meramente parlare di analogia giuridica, e se ne danno degli altri, in cui non si tratta che di analogia legale. Quando si volesse stare a rigore, si potrebbe addurre in prova di ciò anche quanto dice Rosshirt, nel suo sviluppo dei principj fondamentali di diritto penale p. 31., in proposito d' anologia.

III. Rispetto a quello, che viene addotto da Von Preuschen contro la distinzione fra l'analogia legale e giuridica, nel suo scritto intorno alla teorica della giustizia (Giessen 1839, parte II. p. 12-16.) non è necessario, che qui si facciano osservazioni particolari. Egli in fatti non dice su questo punto nulla di proprio; onde quello, che si è già notato di sopra contro Rosshirt, e che noteremo di sotto contro Escher, potrà applicarsi anche a lui. Segnatamente egli confonde affatto la quistion della differenza in sè stessa con la quistion relativa alla sua applicazione al caso speciale della moltiplicazione dei fatti punibili, e rigetta la distinzione, solamente perchè una punizione per analogia è generalmente inammisibile, e perchè, quando si ammettesse, non si esigerebbe altrimenti come necessaria una legge penale per decretare la pena. Contro le quali ragioni mi sembra, che si sia detto di sopra quanto occorreva.

IV. Per ciò che riguarda Escher, il secondo scrittore, a cui rinvia Mittermaier rispetto all' inconvenienza della distinzione fra l' analogia legale e giuridica, egli (nella dottrina della frode punibile, Zurigo 1840. p. 15 e seg.) non è entrato affatto nello spirito dell' opinione, ch' io aveva per lo innanzi indicata ne' miei elementi, nè rispetto al principio, nè rispetto ai suoi sviluppi. Neppure Escher distingue abbastanza l' aspetto formale

dal materiale della quistione, in quanto che confonde la distinzione delle due analogie in sè medesima con la sua applicazione a casi particolari. Egli rigetta con Rosshirt la distinzione, come proveniente dal sistema del giusto mezzo, senza riflettere, che ciò accade soltanto allorchè le si dia una pratica applicazione, eguale a quella del codice penale di Sassonia. Egli la rigetta in generale, come Preuschen, perchè in senso legislativo non vuol mai concedere dietro semplici analogie la punizione di casi omessi, e non riflette, che in tal modo non si adduce la menoma prova contro l'analogia in sè medesima. Inoltre egli non distingue debitamente i diversi casi, in cui si può far uso dell'analogia, ma rivolge sempre la mente ad un caso speciale, cioè a ricercare, se un'azione, omessa dalla legge, possa per semplice analogia dichiararsi punibile. Di più Escher nella quistione materiale si colloca solamente nel punto di vista legislativo; mentre io, ne' miei elementi di diritto penale romano-germanico, non potei partire dal medesimo punto, ma dovei semplicemente presentare i risultati delle mie investigazioni nel diritto penale positivo romano-germanico. In genere sembra, che Escher non abbia fatto pienamente chiara la cosa. Egli in fatti, dopo avere esposto una critica della teorica di Mittermaier su questo punto, discende a dire a p. 17: « Ma i principj di « Mittermaier possono da un altro lato produrre « l'analogia giuridica, cioè un preteso diritto « di punire anche quando non vi ha legge, « che abbia minacciato la pena ». L'analogia giuridica non è un diritto, e segnatamente non è un diritto di punire quando nessuna legge ha minacciato la pena. Solamente la facultà, concessa al giudice, di usare dell'analogia giuridica per la moltiplicazione dei casi punibili, sarebbe un diritto di punire quando da niuna

legge fu minacciata la pena: ma la facultà di usare in genere dell'analogia giuridica non conduce necessariamente a questo risultato; perocchè, come fu mostrata di sopra, se ne può far uso anche per altri fini, ed interdirla al giudice nel caso speciale della moltiplicazione dei fatti punibili. Di più non sarebbe la sola facultà illimitata di punire dietro l'analogia giuridica, che condurrebbe ad applicare la pena quando la legge non l'ha minacciata; chè avrebbe un simile effetto anche la facultà illimitata di punire dietro l'analogia legale, con la sola differenza, che da questa non si potrebbe dedurre la punibilità di alcune azioni, come da quella. Quindi l'idea, che dell'analogia giuridica vien fornita da Escher, è falsa sotto ogni rispetto. Da un lato è troppo angusta perchè è riferita semplicemente alla quistione della moltiplicazione dei casi punibili; e dall'altro lato è troppo estesa, perchè l'effetto, che egli attribuisce all'applicazione dell'analogia giuridica, sarebbe pur quello dell'applicazione dell'analogia legale.

Ma io debbo all'incontro virilmente difendermi, quando Escher (l. c. p. 15) mi addebita di essermi attenuto ne' miei elementi alla teorica, da lui designata ed oppugnata come quella di Mittermaier. Una teorica, qual è quella ivi esposta e combatterla da Escher, con là quale la logica interpretazione, e persino la comprensione di un caso speciale sotto le parole generali della legge furono in parte confuse con l'analogia legale, non è stata da me in alcun luogo adottata, nè sostenuta. Laonde quanto Escher dichiara a p. 15. e 16 non mi riguarda menomamente.

Ma per ciò, che si riferisce al punto di vista legislativo di Escher, io non ho alcuna ragione di entrar qui in una polemica con lui. Imperocchè dal punto di vista legislativo, in cui Escher si collocò, io sono onnina-

Digitized by Google

mente d'accordo con lui rispetto alla moltiplicazione dei casi punibili dietro semplici analogie. E segnatamente egli ottiene il mio pieno consentimento, quando dice a p. 17: « che gli stati di Wurttemberg hanno decisamente rigettato ed escluso a buona ragione tanto l'applicazione « dell'analogia giuridica, quanto quella della legale ». Solamente Escher avrebbe qui dovuto notare, che questa esclusione non contempla l'analogia giuridica e la legale *in genere*, ma semplicemente l'applicazione di sì fatte analogie allo scopo di decretare una pena nei casi, in cui le leggi non la constituiscono espressamente.

Per questa opinione d'interdire al giudice una tale applicazione dell'analogia giuridica e legale, io mi dichiarai dal punto di vista legislativo sedici anni fa nel *giornale critico di Tubinga per la giurisprudenza*, tomo IV. p. 36. E quando più tardi nella Camera di Wurttemberg m'ebbi a collocare praticamente nel punto di vista legislativo, al tempo della discussione del codice penale (1838), venni fuori con lo stesso principio, e sostenni con successo ciò che sostiene Escher. Io per altro distinsi più esattamente di lui. Io mi dichiarai per l'interpretazione estensiva delle leggi penali (non pigliata bensì nel falso senso, in cui si confonde con l'analogia legale), ancorchè conduca a punire de' casi, che non sono compresi nelle semplici parole della legge: ma limitai l'uso dell'interpretazione estensiva alle circostanze, in cui dalle dichiarazioni del legislatore, promulgate come legge, risultasse il senso più lato del medesimo, in guisa che per moltiplicare i casi punibili non s'avesse a ricorrere ai motivi della legge, o ad altri documenti, non promulgati come legge (22). Ma rispetto all'uso dell'analogia

(22) Discussioni della camera di Wurttemberg del 1838, seduta 67. p. 12. Conf. anche le mie instituzioni di diritto privato wurttemb. tomo II. p. 144. e seg.

io dissi più volte: « che un caso, non designato come « punibile nel codice, non potea punirsi dai tribunali, nè « qualificarsi per punibile per la ragione che un caso « somigliante è dichiarato punibile nella legge (*analogia « legale*), o perchè il tribunale creda, che il principio « fondamentale del codice esiga la punizione del caso « (*analogia giuridica*). Ma quando poi (e questo è il punto « d'analogia, al quale non si pose mente da Escher, « nè dagli altri miei prenominati contradittori) rispetto « ad alcuni speciali delitti, riferiti nel codice, si trova « un qualche altro vuoto nella legge; soggiunsi, che il « giudice lo dee supplire, non già secondo il suo modo « subiettivo di riconoscere il dritto e la giustizia, ma « secondo l'analogia del codice, cioè secondo le disposi- « zioni, che si ritrovano per casi simiglianti nel codice ». Ed illustrai segnatamente la mia teorica con l'esempio, che quanto vien determinato dal codice rispetto all'*omicidio*, allorchè si deve ammettere come esistente una connessione causale fra la morte avvenuta e l'azione dell'offensore, si dee pure applicare per analogia alla lesione corporale, in cui il codice non si dichiara espressamente in questo proposito (23).

A tali vedute partecipò intieramente il governo e l'assemblea statuale. Anzi l'assemblea statuale, nell'ammettere il codice discusso, manifestò espressamente a questo rispetto, di fronte al governo, la seguente presupposizione: « Che i tribunali non sieno autorizzati a « punire azioni, che non sono espressamente designate « come punibili dal codice (dietro le sue parole, o il suo « senso), a motivo della loro somiglianza con un'azione, « dichiarata punibile nella legge, e tuttochè i motivi

(23) V. le citate discussioni, seduta 92. p. 14., e seduta 67. p. 11.

« per cui la legge punisce questa, si adattassero ancora « a quelle, o perchè le medesime, dietro i generali prin- « cipj, che servon di base al codice, potessero comparire « come punibili: che perciò si dovesse con l'art. 1. in- « terdire ai tribunali di punire per analogia legale o « giuridica quelle azioni, che non sono riferite dal « codice fra le punibili: che viceversa il giudice, per « supplire ad altri vuoti del codice, debba senza contra- « sto applicare l'analogia legale (o, secondo l'espres- « sione dell'antica dottrina, l'interpretazione logica), « semprechè sì fatta applicazione non conduca a trattare « come punibile un fatto, che non fu espressamente di- « chiarato per tale: che quindi il giudice, quando per « esempio si ricercasse, se doveva considerarsi come una « conseguenza dei sofferti bistrattamenti la malattia men- « tale del bistrattato, o la sua perdita dell'udito (art. 260), « avesse ad usare, per analogia, dei principj dell'art. 235 ». Il governo confermò espressamente questa presupposizione con un rescritto, promulgato insieme col codice, e del seguente tenore: « Secondo il senso e le parole dell'art. 1. « s'intende onninamente esclusa l'analogia, per modo che « vien proibito ai tribunali di riguardare come punibili « per eguaglianza di ragione quelle azioni, che non sono « nel codice designate per tali. Similmente le circostanze « aggravanti, che la legge non ha considerato nei delitti « speciali, in quanto da esse dipendono certe conseguenze « legali, non si estendono per analogia ad altri casi. Al- « l'incontro non solo è permesso al giudice, ma gli è an- « cora ingiunto, di supplire agli altri vuoti del codice con « le disposizioni più affini del medesimo (cioè con la così « detta analogia legale) ». Con questo rescritto la presupposizione dell'assemblea statuale fu in un punto essenziale confermata in modo sommamente adeguato; in quanto che ancora le circostanze aggravanti, considerate dalla

legge in un delitto, non possono applicarsi per analogia ad altri delitti, nei quali non sono state nominate.

La maniera in cui dal codice di Wurttemberg è stata decisa tutta la quistione dell'uso dell'analogia nel diritto penale, mi sembra meritare decisamente la preferenza in confronto di ciò, che altre moderne legislazioni germaniche determinarono in questo rispetto (24). E segnatamente la disposizione del detto codice è di gran lunga preferibile a quella del codice penale di Sassonia e di Brunswick, i quali ammettono una moltiplicazione di casi punibili dietro l'analogia legale, su di che il codice sassonico si esprime ancora in un modo affatto inconveniente (25). Ma ancora a petto di que' codici, i quali,

(24) Rosshirt chiama questa determinazione un formalismo che uccide il diritto: ma io credo, che le dia questo nome a torto, e sono della mia opinione i più dei moderni criminalisti, segnatamente fra gli altri, oltre Mittermaier, Escher, e Von Preuschen nei luoghi citati, anche Abegg, critica del progetto di Wurttemberg p. 20, Birnbaum nell'archivio di diritto crim. an. 1838. p. 499 e seg., Bauer trattati di diritto penale, tomo I. p. 138 e seg. Hufnagel, comentario al codice penale di Wurttemberg, tomo. I. p. 3., e specialmente Breindenbach, comentario al codice penale di Assia p. 203 e seg. Ma se i nostri giudici si atterranno rigorosamente alla medesima, o se piuttosto dalle mali abitudini contratte sotto il diritto comune si lascieranno indurre a punire anche dove la legge non punisce, questa è un'altra quistione.

(25) Il codice sassonico dice all'art. 1. « Il codice sassonico è applicabile a quelle azioni, che sono minacciate di pena « dalle parole o dal senso delle sue disposizioni ». Dove si spieghi rettamente quest'articolo sull'interpretazione, si può asserire, che il codice non è applicabile, che a quelle azioni, che secondo l'interpretazione grammaticale e logica sono dal medesimo minacciate di pena, e che perciò è esclusa qualunque interpretazione per semplice analogia, tanto giuridica, quanto legale. Imperocchè sotto il senso del codice si possono comprendere solamente que' casi, che sono contenuti in ciò, che il legislatore contemplò, e che volle effettivamente determinare con le sue parole, ma non già i casi

come l' assiano e l' annoverese, rigettano la moltiplicazione dei casi punibili dietro la semplice analogia, la esatta disposizione del rescritto di Wurttemberg riporta il vanto; perocchè rimuove molti dubbj, che dal disteso generico di quei codici possono nascere (26), e proibisce l' analogia anche per la moltiplicazione delle circostanze aggravanti.

Ciò non ostante il tenore del menzionato rescritto non è stato trovato sufficiente da Hufnagel, distinto comentatore del codice penale di Wurttemberg. Nè sarà senza importanza l' esaminare con qualche diligenza l' opinione di questo giureconsulto, come quella che in ge-

omessi, ai quali egli non pensò, e per conseguenza nemmeno la punizione dietro semplice analogia. Dalle discussioni statuali chiaramente risulta, che il governo e le camere vollero con quella disposizione esprimere ancora, che il giudice potesse punire anche i casi affatto omessi dalla legge, ma valendosi solamente dell' analogia legale, e non di quella giuridica. V. Mittermaier nell' archivio di dir. crim. an. 1838 p. 4., e Krug Studj ec. parte I. p. 2. e seg. Laonde quell'art. 1. si potrebbe estensivamente dichiarare, ed all' espressione *secondo il senso* dare un significato, che non ha in sè medesima, e che è molto più largo di quel che dicono le parole. Per altro potrebbe qui nascere la quistione, se al giudice sia permesso di tener dietro ad una interpretazione estensiva, che non risulta dal codice stesso, ma solamente dalle discussioni, che non sono promulgate come legge. Conf. la nota 22. Il codice di Brunswick, che volle ammettere la punizione dietro l' analogia legale, giustamente riputò necessario di non rinviar solamente alle parole ed al senso della legge, perchè queste espressioni si riferiscono meramente all'interpretazione, ma indirizzò ancora alla ragione delle singole disposizioni della legge.

(26) Il codice annoverese dice nell' art. 4. « quelle sole azioni od omissioni illecite, che sono state dalla legge minacciate di pena, si posson punire in conformità della legge medesima »: ed in simil guisa si esprime il codice d'Assia all' art. 1. « quelle sole azioni od omissioni si puniscono come crimini o delitti, le quali sono precedentemente minacciate di pena dalla legge ».

nere si connette essenzialmente con l'oggetto del presente discorso, e che sembra derivare da un falso supposto intorno all' analogia legale. Il metodo più semplice sarà quello di riferire parola per parola le singole proposizioni di Hufnagel, e di soggiugnere a ciascheduna di esse le osservazioni, che mi sembreranno necessarie. Nel suo comentario al codice penale di Wurttemberg, tomo III (1844) p. 4. e 5, Hufnagel dice ciò che segue intorno al regio rescritto sopraccennato, ed alla presupposizione espressa dall' assemblea statuale.

« Per mezzo di questa presupposizione, espressa dal-
« l'assemblea statuale, e della risposta data dal governo,
« non sembra intieramente schiarito questo oggetto, ed
« in particolare le idee di analogia legale, e d'interpre-
« tazione logica non appariscono esposte con tutta l'evi-
« denza ».

L'idea di analogia legale è determinata a mio parere con piena esattezza e convenienza nelle predette dichiarazioni. Quella d'interpretazione logica non si volle sviluppare di più: ma non poteva, nè può nascere equivoco, appunto perchè è determinata esattamente e giustamente l'idea d'analogia, per modo che si ovviò debitamente alla confusione, che si ritrova in tanti antichi criminalisti, fra l' analogia e la logica interpretazione.

Dice benissimo Hufnagel quando continua: « Si
« può affermare, che con queste dichiarazioni sia stabi-
« lito, che l'analogia legale si debba in parte ammettere,
« in parte no: ed allorchè si ricerca, in quali casi sia
« ammissibile, in quali inammissibile, bisogna rispondere,
« che l'analogia legale è inammissibile, quando si tratta
« di un' azione, che nel codice non è minacciata espres-
« samente di pena, e che si vorrebbe considerare come
« punibile, perchè le si può applicare la stessa ragione,
« per cui la legge punisce un altro fatto; che inoltre

« l' analogia legale è inammissibile, quando per egua-
« glianza di ragione si tratta di considerare come cir-
« costanza aggravante di un delitto una cosa, che secondo
« la legge non aggrava questo, ma un altro delitto; e
« che all' opposto l'analogia legale è ammissibile in tutti
« gli altri casi, ad effetto di supplire agli altri vuoti del
« codice ».

In queste parole è ritratto con piena esattezza il senso della presupposizione degli Stati di Wurttemberg, e della risposta, che alla medesima diede il governo. Ma Hufnagel rifiuta tosto questa dichiarazione, proseguendo così.

« Or dunque rimane a cercare, quali sieno gli altri
« vuoti, che si possono e si debbon supplire con l'ana-
« logia legale. Più sodisfaciente di quella risposta sarà
« questa proposizione: mediante l' articolo 1. si stabili-
« sce, che la logica interpretazione è ammissibile, ma
« che l'applicazione dell' analogia legale è inammissibile;
« perocchè ciò che nella presupposizione degli Stati e
« nella risposta del governo fu dichiarato solamente come
« analogia legale inammissibile, è analogia legale in ge-
« nere, e tutto il resto non è analogia legale, ma o lo-
« gica interpretazione, od applicazione dei principj ge-
« nerali ad alcune specie di delitti ».

A queste parole serve di base la presupposizione combattuta di sopra, quasichè l'analogia legale si riferisca soltanto alla moltiplicazione dei casi punibili, e secondo Hufnagel, delle circostanze aggravanti di un delitto; mentre, come si è mostrato, rimane per l' analogia un altro vasto campo, anche più vasto di quella moltiplicazione. Forse in fatti i soli vuoti possibili delle nostre leggi ne richiamano ad indagare, se una data azione sia delittuosa, e se una circostanza aggravante, nominata in un delitto, si possa applicare ad un altro? È stato già

riconosciuto il contrario, ed anche Krug lo ha ravvisato nella memoria, citata di sopra, con varj esempj del codice penale di Sassonia. Ma il contrario si dimostra pur con l'esempio, che io addussi nella Camera di Wurttemberg, e che fu accolto nella presupposizione della medesima. Se non che Hufnagel non vuole appunto, che questo esempio abbia valore. Egli in fatti, dopo un breve, ma preciso sviluppo della differenza, che intercede fra l'interpretazione logica e l'analogia legale, scrive quanto segue.

« Allorchè le Camere nel loro memoriale hanno « detto, che quando si cerchi, se la malattia di spirito, « o la perdita dell' udito, cui soggiacque un bistrattato « (art. 260), debba considerarsi qual conseguenza dei « sofferti bistrattamenti, il giudice abbia a servirsi ana- « logicamente dei principj dell'art. 235, il conto, che ne « fu tenuto dallo Stato, se si vuol parlare a rigore, fu « superfluo; perocchè la risposta a sì fatta domanda non « è cosa di logica interpretazione, nè d' analogia legale, « ma mera applicazione del principio generale, per cui « il successo dee stare in connessione causale con l' a- « zione. La qual proposizione, come quella che contiene « un requisito della generale essenza di fatto di un de- « litto, sarebbe appartenuta in vero alla parte generale « del codice: ma fu collocata più opportunamente nella « dottrina dell' omicidio, perchè qui riesce della massi- « ma evidenza. Poichè per altro la detta proposizione, « considerata nella sua essenza, è un principio affatto « generale; vuolsi applicare anche negli altri delitti, « senza che la sua applicazione si possa chiamare un « supplimento di vuoti ».

Prescindendo dal considerare, che un principio generale, che in questo aspetto, come Hufnagel concede, non si trova nella legge, ma ha d'uopo d'esser supplito

con la scienza, è pur sempre un' omissione del codice, vuolsi avvertire, che nell' esempio citato non si tratta in alcun modo del principio generale della causal connessione del successo con l' atto, ma della maniera di applicare questo principio generale ai singoli casi. È noto, che appunto in materia d' applicazione di quel principio ai singoli casi, tanto la teorica quanto la pratica oscillavano per lo innanzi nel titolo dell' omicidio, dominavano le più diverse opinioni, e perseverava una serie di controversie. Il codice di Wurttemberg vuol decidere queste controversie nell' *omicidio*, e levar di mezzo ogni oscillazione, ed ogni dubbio. Perciò in termini precisi stabilisce, che esiste un omicidio consumato, allorchè la lesione arrecata produsse, come causa efficiente, la morte d'un uomo, oppure *l' avrebbe prodotta, se non fosse stata affrettata da un altro accidente.* Stabilisce dunque, che nell' esaminare, se l' omicidio sia consumato, non debba esercitare alcuna influenza la circostanza, che l'esito mortale della lesione in altri casi sarebbe stato per avventura allontanato con l'aiuto dell'arte, o che nel caso concreto presente si sarebbe potuto impedire con tempestivi soccorsi, o che la lesione ha prodotto quell' effetto funesto soltanto mediatamente, per via di cause secondarie nate da lei, e da lei poste in azione, o semplicemente per via della particolar maniera di vivere dell' ucciso, o in virtù delle circostanze casuali, in cui la lesione gli fu arrecata. Il codice decide una serie d' importanti quistioni speciali intorno all'applicazione di quel principio generale, le quali per lo innanzi erano grandemente dibattute, e diversamente risolute: ma le decide solamente nel tema dell' omicidio. Nel delitto di lesione corporale trapassa sotto silenzio tutte queste quistioni, e procede così, perchè ancora la scienza non si è occupata di rispondere alle medesime in sì fatto particolare. Ma in molti casi esse sono

tanto importanti in questo tema, quanto in quello dell'omicidio. Se per esempio una lesione corporale, che ebbe la conseguenza di sconvolger la mente del bistrattato, o lo privò della vista, dell'udito, della favella ec., è colpita dalla legge con pena assai grave di casa di disciplina; spesso diverrà importantissimo il ricercare, se una sì fatta lesione sia consumata, e debba trarsi dietro la intiera punizione, allorquando quel successo si sarebbe potuto impedire con tempestivi soccorsi, o non fu immediatamente prodotto dall'arrecata lesione, ma da altre cause secondarie, od ebbe luogo soltanto per via della particolar maniera di vivere dell'offeso, o per via delle circostanze casuali, in cui la lesione venne eseguita. Ora a tutte queste quistioni la legge non sodisfa in materia di lesione corporale; onde una semplice interpretazione logica non può condurre a risolverle. Quivi in fatti si presenta un vuoto. Da qual fonte dovrà dunque desumere il giudice il modo di supplire a tal vuoto? Dovrà egli forse applicare secondo le sue vedute subiettive il principio generale, che il successo dee stare in connessione causale con l'azione? Allora uno si troverebbe gettato nelle controversie del diritto anteriore, e decisioni ben diverse verrebbero pronunziate dai tribunali. Il giudice è obbligato a ricorrere, come in generale in simili vuoti, all'analogia del codice stesso: e nella presente quistione l'analogia più vicina sta nel modo, con cui la legge ha diciso il caso eguale in un delitto affine, cioè nell'omicidio. Quindi egli dee risolvere questa quistione dietro l'analogia dell'art. 235 del codice penale: e così appunto noi abbiamo l'esempio il più parlante dell'applicazione dell'analogia legale ai casi, che non hanno alcuna relazione con la moltiplicazione dei fatti punibili, o delle circostanze aggravanti di un delitto. Il che dovrebbe bastare per contraddire ad Hufnagel, laddove afferma, che tutto quel-

lo, che non concerne la predetta moltiplicazione, non è analogia legale, ma o logica interpretazione, od applicazione di principj generali ad alcune specie di delitti (27).

---

(27) Conf. anche Breindenbach, comentario al codice penale d'Assia, tomo I. p. 212.

Digitized by Google

Digitized by Google

III.

DELL' IMPUTABILITA' CRIMINALE DEI GIOVANETTI, AVUTO RIGUARDO ALLA LORO ETA' (DISSERTAZIONE DI KITKA, ESTRATTA DAL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, TOMO XV, FASC. 1. ANNO 1834.)

§. 1.

Uno de'più importanti quesiti delle legislazioni penali positive è quello, in cui si cerca di determinare, da quale età abbia principio l'imputabilità dell'agente. Dalla nascita sino ad un certo tempo il fanciullo non riceve altri impulsi, che quelli della sua natura sensibile, e quindi del solo instinto; perchè nell'infanzia la facultà di formare idee, di conoscere, e di giudicare manca di qualunque sviluppo. Perciò il fanciullo non possiede quella coscienza della qualità giuridica delle proprie azioni, che si richiede per la ragionevole determinazione della volontà: perciò le azioni, commesse senza di questa coscienza, tuttochè obiettivamente considerate portino in sè l'impronta del delitto, non gli si possono imputare.

Ma tostochè si fatta coscienza pienamente sopravviene, incomincia l'imputabilità dell'agente. Questo punto per altro è grandemente diverso; avvegnachè le disposizioni corporee e spirituali, del pari che l'educazione che le sviluppa, non sieno in tutti le stesse: al che si aggiugne, che l'indole del clima, del suolo, delle sustanze nutritive, e di altre consimili cose, ora trattengono, ora accelerano questo sviluppo. Di qui discende, che lo stato

animale, in cui l'infante è spinto ad operare dal solo instinto, ora cessi più presto, ora più tardi, non solo appo genti diverse, ma ancora nel seno della medesima nazione, e che riesca quindi impossibile il determinar legalmente in una guisa universale, e che si adatti ad ogni caso, qual sia l'età, da cui l'imputabilità debba prendere il suo principio.

§. 2.

A tenore di ciò potrebbe per avventura sembrare più conveniente, che l'imputabilità non si facesse dipendere da un dato numero d'anni dell'agente, ma che il tribunal criminale, sentito nei casi dubbiosi il giudizio de' medici, decidesse, se l'incolpato fosse già pervenuto tant'oltre nello sviluppo delle sue facultà intellettuali, che il fatto commesso gli si potesse attribuire a delitto. A sostegno di che si può dire ancora, che sovente un individuo, il quale abbia appena dodici anni, è nel conoscere e nel giudicare al di sopra di un altro, che ha già compiuto il quindicesimo anno, e che in una legislazion penale, onde sia per esempio fissata a quindici anni l'età imputabile, non si può giustificare, che il solo agente di quindici, e non ancora il sopraddetto di dodici venga trattato qual delinquente; perchè giusta i principj fondamentali della scienza del criminale diritto dovrebbe piuttosto aver luogo il contrario, od almeno il secondo giovinetto meriterebbe più rigore del primo. Laonde si potrebbe dire, che, fissando un dato numero d'anni, verrebbe a mancar la misura delle punizioni: la quale rimarrebbe esattamente osservata, se ogni caso dubbio d'imputabilità venisse deciso a norma di quanto abbiamo accennato.

Digitized by Google

§. 3.

Noi per vero dire non possiamo impugnare la giustezza di questa idea (§. 2.) nella sua generalità: ma dobbiamo ricercare ad un tempo, se relativamente alla misura della pena fossero per nascere molto più funeste conseguenze dal decidere dell'imputabilità di ogni caso concreto nella guisa indicata. Sembra indubitato, che il giudicare, se lo sviluppo dell'agente sia già pervenuto tant'oltre, da riconoscerlo capace d'imputazione, non si possa rilasciar solamente all'esame dei medici. Imperocchè non si tratta di scoprir la pazzia, o l' imbecillità, o qualunque altra malattia dell'animo, la quale escluda l'imputazione, e non possa per lo più riconoscersi che dal perito, ond'egli soltanto sia competente a profferirne giudizio: ma si tratta semplicemente di rilevare, se l'agente dimostra, col suo fare ed omettere, tal perspicacia e consiglio, da poterne confidentemente dedurre la sua imputabilità. E siccome il giudice criminale, osservando l' incolpato, ed esaminando i testimoni intorno al suo modo di conoscere, di giudicare, e di operare, può trarre questa illazione tanto bene, quanto il medico; così sarebbe disdicevole, che dell'imputabilità decidessero i soli periti, l'arbitrio de' quali rimarrebbe inoltre in tal caso senza alcun antagonismo. Ma poichè d'altra parte potrebbe pure accadere, che talvolta si presentassero delle malattie interne, ed in generale certe disposizioni, che si dovessero considerare come cause di ritardato sviluppo delle facultà intellettuali, e non si potessero riconoscere che dal medico; poichè ancora il tribunal criminale, ad effetto che ne sia rimosso ogni arbitrio, abbisogna di antagonismo; così per giudicare dell'imputabilità si dovrebbe aver ricorso anche a' medici.

Tuttochè per altro si ammetta questo reciproco an-

tagonismo, non si può con esso bandire ogni arbitrio, ogni concerto, ogni collusione: e quando il tribunal criminale non vada d'accordo col parere de' medici, non si sa, qual delle due opinioni si debba riguardare per decisiva. Il giudice criminale, esempigrazia, reputa imputabile l'incolpato, perchè rimane da tutte le risultanze convinto, che l'agente si accinse ad operare dietro un piano disegnato, e che il consueto suo modo di fare e di omettere annunzia una profonda avvedutezza: mentre i medici sono di contraria opinione, perchè l'incolpato nel suo modo di parlare apparisce goffo e balordo, onde non si arrischiano a dichiarare la sua imputabilità. Oltracciò l'agente, sapendo, che la sua punizione dipende dall'imputabilità, desunta dalla sua maniera di comportarsi, può dare alle proprie azioni, fin dal tempo anteriore al delitto, un colore di balordaggine, ad effetto d'indurre in errore il giudice, e i medici: nel qual caso il giudizio diviene doppiamente difficile. Laonde è fuori di dubbio, che, rilasciando il giudizio dell'imputabilità al giudice ed ai medici, non si allontana l'arbitrio, nè si può guarentire la giustizia della sentenza, anche non contando gl'indugj, che questo sistema introdurrebbe nel procedimento penale, che riconosce nella speditezza uno de' principali suoi pregj.

§. 4.

Siccome, allorchè l'età capace d'imputazione è determinata dalla legge, non può nascere questo arbitrio, com'è evidente per sè, nè trovan luogo gl'indugj prenominati, a meno che in que'rari casi, in cui per la lontananza del luogo d'origine dell'agente, o per altre cagioni, le risultanze delle deposizioni testimoniali non sieno in tal proposito peculiarmente difficili; così questi vantaggi

rilevantissimi danno la preferenza a quella legislazione, che fissa l' imputabilità ad un' età determinata. Ma, per conseguire un terzo vantaggio, quello cioè di non perdere la misura dell' imputabilità da determinarsi a tenore di una certa età, fa d' uopo, che il legislatore si parta dai seguenti principj.

a) Avuto riguardo al grado di cultura de' paesani, si vuole stabilir quella età, nella quale ogni individuo della civil società, il quale possegga un intendimento non disturbato da alcuna malattia mentale, si determina, secondo la generale esperienza, da per sè stesso nel commettere e nell' omettere, dimostra così la propria avvedutezza e la propria capacità di operare secondo un piano preformato, e quindi è al caso di riconoscere la punibilità delle azioni, che son dichiarate delittuose: in somma fa di mestieri fissar quella età, nella quale ogni cittadino è già pervenuto a posseder la coscienza di questa punibilità. Se all' incontro il legislatore si lasciasse in questa parte guidare dalla veduta, che la pluralità dei cittadini in una data età possiede così fatta coscienza, la sua disposizione non sarebbe giusta: come quella, che nella sua generalità si dovrebbe applicare ancora a quegl' individui, che, sebben pervenuti a tale età, non sono per altro nel numero dei cittadini, che già posseggono la detta coscienza; onde si verrebbe a punire come delinquente anche l' agente non imputabile, a motivo di un fatto, che si presentasse obiettivamente sotto la forma di delitto.

b) Laonde, se lo Stato si compone di varie provincie, in cui, per via della posizione, del clima, e di altre simili cause, il grado di cultura è diverso, bisogna fissar quella età, nella quale gl' individui di tutte le provincie sono in grado di riconoscere la punibilità delle azioni dichiarate delittuose; perchè allora non rimane a temere,

che possa soggiacere alla pena un agente non imputabile. Non si può dissimulare, che così nasce d'altra parte l'inconveniente di esimere dalla pena un qualche individuo, che per la sua intelligenza sarebbe imputabile: ma questo casuale disavvantaggio è tanto inevitabile, quanto quello che nasce dal procedere criminalmente contro di un ladro, e non contro di un altro, perchè il primo involò per mero accidente un soldo più del secondo. A rimuovere sì fatto inconveniente si potrebbe in quelle provincie, ove il grado di cultura è più alto, determinar legalmente un'età minore: ma, prescindendo dall'indignazione, che ecciterebbe il vedere, che in un medesimo codice penale una provincia fosse dichiarata più matura di un'altra per l'imputabilità criminale, ne nascerebbero ancora nuove difficoltà; avvegnachè farebbe d'uopo esempigrazia emanare particolari disposizioni sul modo di trattar quell'agente, che abbandona il suo luogo d'origine, e riceve educazione in un'altra provincia.

c) Quanto più una legislazione penale nel novero dei delitti ripone di quelle azioni, la cui penalità si fa palese soltanto in età inoltrata, conversando con gli uomini, ed acquistando esperienza, tanto è maggiore il numero degli anni, che si richiede a fondare l'imputabilità; perocchè se un fanciullo d'otto anni riconosce esempigrazia la punibilità d'un omicidio premeditato, non ravvisa del pari anche quella dell'appropriazione della cosa trovata. Dal che per altro di bel nuovo risulta l'inconveniente, che molti individui, i quali riconobbero la penalità di un dato delitto, rimangano affatto impuniti, perchè la medesima, comechè non troppo facile a ravvisarsi, fu fatta dipendere da un'età più avanzata. Per evitare al possibile questo difetto, il legislatore escluderà dalla serie dei delitti le azioni dell'ultima specie, le ordinerà con altre meno punibili, e poscia fisserà un'età

Digitized by Google

inferiore per la imputabilità criminale. Lo sceverar tali azioni dalla provincia dell'atto criminale è cosa tanto più degna di approvazione, in quanto l'uso comune di favellare congiugne con la parola *delitto* (Verbrechen) l'idea d'un fatto grandemente pericoloso, e meritevole di pena severa: e quando chi ruba per la prima volta una cosa insignificante è posto nella medesima classe del ladro e del rapinatore, si viene a confondere la linea di confino fra i delitti e le altre azioni puuibili, e s'indebolisce l'avversione verso di quelli.

d) Ma quand'anche in un codice penale sieno dichiarate delitti quelle sole azioni, la cui penalità chiaramente si riconosce fin da' prim'anni (*quae sunt natura probra*); il legislatore per altro dee partire dal principio fondamentale, che gli agenti troppo giovani non si debbono criminalmente trattare, ad effetto di non risvegliare la pubblica compassione, e di non richiamare sopra la legge la disapprovazion popolare. Bensì un castigo di polizia, od un temperamento preventivo, può certamente, secondo le circostanze, applicarsi: ed in generale i delitti, che si commettono dai giovanetti, si possono coordinare in un'altra classe di azioni meno punibili.

e) Dalle cose dette discende di per sè, che l'età richiesta per la imputabilità non vuolsi determinare secondo le massime, che sono in vigore rispetto alla capacità di conchiuder gli affari meramente civili; perocchè questi vanno sovente congiunti a tante cautele e formalità, che a schivare ogni pregiudicevole conseguenza abbisogna di maturo consiglio ancora colui, che ha con essi acquistato dimestichezza. Il timore di questi effetti nocivi, per la facilità con la quale un contraente può rimaner soperchiato dall'altro, rende necessario fissare un'età molto più avanzata per potere validamente stipulare le convenzioni civili: la qual necessità non ha luogo nello stabilire

l'età relativa all'imputazione degli atti punibili. Che non si dee rubare, nè fraudare, nè rapinare, nè uccidere, nè tradire la patria, l'uomo lo impara fino dagli anni primi, nel tempo che riceve l'educazione domestica, l'instruzione scolastica e religiosa; ond'egli non ha d'uopo di particolari ammaestramenti per discoprire l'illecito d'una sua azione delittuosa, nè di essere specialmente avvertito delle conseguenze funeste, che gli deriverebbero dal commetterla.

Dalla nostra disamina si raccoglie, che l'età dell'imputabilità può essere in varj paesi diversa, e spesso lo deve essere: ma dal ritrovarsi in uno Stato fissata ad un livello più alto l'età imputabile sarebbe ingiusto dedurre, che il grado di civiltà fosse ivi inferiore. Nel determinare in fatti una simile età non basta, come si è notato di sopra, contemplar solamente la cultura de' paesani: e perciò se uno Stato nella sua legislazion penale posteriore stabilisce un'età più o meno inoltrata per l'imputazione, non lice conchiudere, che esso abbia retroceduto o progredito nel suo incivilimento. Piuttosto fa di mestieri desumerne, che l'esperienzia mostrò al legislatore, o che a motivo del troppo alto livello dell'età, fissato dal codice anteriore, molti individui sfuggivano alla punizione, che sarebbe stata loro dovuta; o che viceversa, a motivo del troppo basso livello dell'età, stabilito dalle leggi precedenti, molti individui incontravano una pena non meritata.

§. 5.

Subito che l'età è legalmente determinata, essa vien considerata per modo, che non possa criminalmente trattarsi quell'agente, che al tempo della commissione del fatto non l'aveva ancora intieramente compiuta; im-

perocchè una tal disposizione di legge è principalmente diretta ad allontanare ogni arbitrio nella punizione, e quindi favorisce pure quell' individuo, a carico del quale si potesse mostrare, che eseguì con tutta riflessione l'atto proibito. La nota regola d' interpretazione — *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex* — non è affatto applicabile a questo caso, e tanto meno, perchè la determinazion della età non è solamente reclamata da ragioni giuridiche, ma ancora da motivi di politica criminale (§. 4. let. d.)

§. 6.

A meno che la legge penale non contenga più precise disposizioni per calcolare l' età, non sembra ammissibile, che per questo computo si debba ricorrere ad altri rami di positiva legislazione, che regolano il conto de' giorni, de' mesi, e dell' anno: ma fa d'uopo attenersi unicamente al calendario. L' uso generale in fatti della favella non conosce altro computo di età, che quello conforme al calendario; onde bisogna credere, che il legislatore non abbia voluto declinare dall' uso comune. La qual cosa è tanto più ragionata, quando lo spazio di tempo, computato a tenore di altri rami di legislazione, sarebbe più breve di quello calcolato secondo il calendario; come avverrebbe se la legge civile stabilisse, che ventiquattro ore formino un giorno, trenta giorni un' mese, e trecentosessantacinque giorni un anno; avvegnachè in simil caso il computo conforme al calendario non solamente sarebbe reclamato dall'uso comune della favella, ma ancora dalla regola, che vuol trattato nella guisa più mite possibile l' incolpato. Secondo il calendario in fatti l' anno bisestile si conta con un giorno di più dell' anno comune, mentre a tenore della legge civile ogni

Digitized by Google

anno si compone di soli trecentosessantacinque giorni; onde l' incolpato nel computo della sua età, a forma del primo sistema ritrova il guadagno di un giorno, mancandogli il quale, o anche meno, non può esser trattato criminalmente.

§. 7.

Da ciò si scorge, quanto importi verificare l' età del l'incolpato, ognorachè su di essa, rispetto all'imputabilità, possa nascere il menomo dubbio; tanto più che l' esperienza dimostra, che alcune persone, o a bella posta, o per errore, indicano falsamente il numero de' loro anni. Laonde, ancorchè l' incolpato asserisca di non avere l' età, che si richiede ad essere imputato, o di averla già compita, il giudice instruttore dee sempre cercare di metterla in chiaro, salvo il caso che apparisca indubitatamente, come accade negl' individui già maturi.

D' ordinario l' età dell' agente si verifica mediante le sue fedi di battesimo, o di nascita. Questa regola per altro soffre qualche volta eccezione, come esempigrazia quando il giorno della nascita e del battesimo dell' agente non è il medesimo, e nelle fedi di battesimo è indicato solamente il giorno, in cui fu ministrato questo sacramento, senza che vi sia fatta parola del giorno di nascita del battezzato. Può in fatti accadere, che un fanciullo sia portato al battesimo alcuni giorni, e in qualche caso straordinario, come in occasion di contagio, anche alcuni mesi dopo la nascita. Or se facendo entrare nel conto questi giorni, o questi mesi, apparisse raggiunta l' età, che si richiede per l' imputazione, ma lo spazio di tempo interposto fra il battesimo e la nascita non si potesse provare che per mezzo di testimoni; bisognerebbe certamente accogliere le loro deposizioni, perchè il

processo criminale non deve investigare la verità formale, ma la materiale.

Postochè l'età dell'agente non si potesse rilevare, nè dai testimoni, nè dalle fedi di battesimo o di nascita, come nel caso di vagabondi, o di fanciulli abbandonati, ai quali sia ignoto il luogo della loro origine, o che non lo vogliano a bella posta indicare, farebbe d'uopo determinare l'età mediante il parere de'medici. Ma, dove con questo mezzo l'età non si potesse rilevare con piena certezza, l'agente non si dovrebbe criminalmente trattare. Lo stesso è da dire, quando i medici dichiarino, che l'età, della quale si tratta, si avvicina a quella legalmente richiesta, ma non è ancora compiuta, tuttochè l'agente, avuto riguardo alle sue facultà intellettuali, potesse essere pienamente imputato; poichè riman sempre vero, che egli, allorchè commise il fatto, non l'aveva per anco raggiunta (§. 5.)

§. 8.

Ma dietro quali principj si dovranno poi giudicare que'casi, in cui l'agente abbia intrapreso gli atti, onde risulta il delitto, in parte prima, e in parte dopo di aver compito l'età, che si richiede per l'imputazione? Immaginiamo, che questa età sia stabilita a quattordici anni. Se l'agente intraprende i tentativi delittuosi prima di esser giunto al quattordicesimo anno, ma consuma il delitto dopo aver compiuta questa età, debb'essere criminalmente trattato, perchè la sua illecita azione cade in quel tempo, in cui la legge ammette l'imputabilità dell'agente. Se al contrario il delitto fosse stato già consumato senz'altra cooperazione dell'agente, questi non si potrebbe punire come delinquente. *A* per esempio, che non ha ancora quattordici anni, instiga *B* uomo provetto ad

uccider *C*, e *B* eseguisce questo omicidio, dopo che *A* ha compiuto il quattordicesimo anno, senza che questi abbia menomamente partecipato a simile consumazione. Tutto il fatto di *A* appartiene a quel tempo, in cui la sua azione illegale non gli poteva essere imputata a delitto: e se *B* effettuò l'uccisione quando l'imputabilità dell'instigatore era già incominciata, ciò non è per lui che una mera casualità. Sebbene *B* abbia consumato l'omicidio in conseguenza della richiesta di *A*, solamente dopo che questi ha compito il quattordicesimo anno, non si può parlare di trattamento criminale; perocchè quella richiesta fu fatta in una età inferiore ai quattordici anni, e perciò in un tempo, in cui *A* non era per anco imputabile. All' incontro se *A*, anche dopo il compimento del suo quattordicesimo anno avesse cercato di determinar *B* all'omicidio, e ve lo avesse indotto, o lo avesse confermato nella già presa risoluzione di commetterlo; dovrebbe certamente soggiacere a criminal trattamento, perchè la sua azione delittuosa ebbe vita in uno stato legalmente imputabile. Quantunque *A* al di sotto di anni quattordici, nell' intenzione di toglier la vita a *B*, avvelenasse un cibo, che doveva servire al nutrimento di questo, il quale per altro lo gustasse, e ne morisse, dopo che l'avvelenatore aveva compiuto il quattordicesimo anno, non potrebbe soggiacere alla pena del veneficio; perchè ancora in questo caso l' azione fu commessa in un tempo, in cui l'agente non era legalmente imputabile, e dopo esser divenuto tale non contribuì ulteriormente ad effettuarlo. Sì bene *A* dovrebbe punirsi qual delinquente, se, compito il quattordicesimo anno, avesse contribuito in qualche modo a produrre l' avvenimento di quell' omicidio proditorio: come se per esempio avesse richiamato a quel cibo l'attenzione di *B*, ó lo avesse esortato a gustarlo.

Digitized by Google

Ma, quando la criminalità del fatto si giudica a tenore di una somma legalmente determinata, la punizione ordinaria non trova luogo, se l'agente prende una parte di quella somma prima di avere quattordici anni, e l'altra parte, che congiunta alla precedente rende delittuosa l'azione, dopo aver compiuto la detta età. Si figuri, che la legge dichiari criminalmente perseguibile il furto, che arriva alla somma di venticinque fiorini. Se *A* poco prima di compire il quattordicesimo anno ruba ventiquattro fiorini a *B*, ed in continuazione del medesimo furto gliene invola altri quattro dopo aver compito la detta età, non può esser punito come delinquente. Imperocchè la criminalità dell'azione sarebbe constituita dalla congiunzione del furto, commesso avanti il quattordicesimo anno, con quello commesso dipoi: e questa congiunzione non è ammissibile senza sovvertire lo spirito della legge, in virtù del quale può esser trattato come criminalmente responsabile di tal sottrazione quel solo agente, che la commise in un tempo, in cui gli si poteva in genere imputare un fatto a delitto.

Digitized by Google

Digitized by Google

IV.

DELLA DIFFERENZA FRA I DELITTI CONTINUATI E REITERATI (DISSERTAZIONE DI *MITTERMAIER* ESTRATTA DAL VOL. II FASC. 2 DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

Concorrenza dei delitti.

Alcuni moderni criminalisti (1) hanno posto nella dottrina dei delitti concorrenti una distinzione fra la concorrenza obiettiva e subiettiva, secondochè per via di diverse azioni sono state violate diverse, o le medesime leggi penali. Nella concorrenza subiettiva distinsero i *delitti continuati* dai *delitti reiterati*, ammettendo i primi, quando la concorrenza si verifica in un solo e medesimo obietto, ed i secondi, quando colpisce obietti diversi. — Se questa distinzione fosse stata posta come meramente dottrinale, e senza influenza di sorte sulla punizione, ci farebbe rimanere indifferenti: ma si affermò ancora, che il comun diritto positivo la riconosce, e ne fa dipendere una diversità di conseguenze giuridiche, in

(1) Le diverse opinioni dei criminalisti si possono vedere in P. Schultz *de concursu delictorum* cap. III. §. 6., in Koch *instit. jur. crim.* §. 921., in Engau elem. lib. I. §. 16., in Quistorp principj fondamentali parte I. §. 90., in Püttmann *elem. jur. crim.* §. 33., in Schröter *de concursu delictorum* §. 3. ec. ec.

quanto che nei delitti reiterati la pena di un delitto dovrebbe andare unita con quella dell'altro, mentre nei delitti continuati le diverse azioni, con le quali è proseguito il delitto, si dovrebbero contare per un fatto unico, e colpire con una pena sola. Nè parve sufficiente lo spacciare la distinzione, come fondata nel diritto comune, ma si cercò ancora di giustificarla in senso legislativo, e si procurò, che i nuovi codici penali accogliessero esattamente questa idea (2). Ora si può dimostrare, che la detta distinzione con le accennate conseguenze non è fondata nel diritto comune, nè legislativamente giustificabile.

§. 2.

Disposizioni del diritto comune.

Dietro la fatta distinzione tutto dovrebbe dipendere dall'obietto, sul quale vien commesso il delitto, in guisa che, per esempio, più furti eseguiti a carico dello stesso proprietario, o più offese fatte in tempi diversi alla medesima persona, sarebbero da punirsi come un sol furto, o come una sola offesa; mentre nel caso di più furti, commessi contro diversi proprietarj, ciascuno si dovrebbe particolarmente punire.

A. Il diritto romano non contiene alcuna disposizione di questa fatta. 1) Esso anzi stabilisce con precisione ed in più luoghi il principio, che ogni delitto è punibile di per sè, e che la concorrenza di un delitto con l'altro non produce impunità, nè diminuzione di pena (3).

(2) Codice penale di Baviera art. 109. e 110. e Cod. pen. di Oldenburg art. 114. e 115.

(3) L. 2. D. de priv. del. « Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam ».

La legge non fa distinzione di diverse specie di concorrenza, e quindi obbliga generalmente. 2) Anche più chiaramente il diritto romano riconosce nel furto, che, se ad un padrone viene involata una cosa, la quale poscia ritorna nel suo possesso, ed è nuovamente involata, competono al derubato due azioni di furto (4). Nel caso espresso dalla legge il secondo furto è palesemente continuato, perchè commesso a danno del medesimo derubato: eppure ogni furto si considera di per sè. 3) Con precisione anche maggiore il diritto romano esprime la sua massima nella L. 56. pr. D. *de furtis* (5). 4) Altri passi dimostrano, che niente rimane alterato nelle offese corporali, quando sono commesse sul medesimo obietto (6). 5) Sebbene alcuni giureconsulti provochino alla L. 67. §. 2. D. *de furtis* (7) ad effetto di giustificare una sola pena per tutti gli atti proseguenti, quel passo per altro non prova nulla; perchè parla solamente del caso, nel quale il ladro, a cui viene involata la cosa da un altro, la ritoglie al suo ladro; e perchè si decide, che il vero *dominus rei* abbia una sola azione contro il primo ladro, avvegnachè sia stato derubato una sola volta, e l'atto del primo ladro, che ritoglie la cosa rubata al secondo, non sia un vero furto (8). Il principio della legge *tam adolescentis furtum fecit ille, quam infantis, et unum*

(4) L. 46. §. 9. D. *de furtis*.

(5) « Interdum fur, etiam manente poenae obligatione, in « quibusdam casibus rursus obligatur, ut cum eo saepius eiusdem « rei nomine furti agi possit. Primus casus occurrit, si possessionis « causa mutata esset, veluti si res in potestatem domini redisset, « eandemque idem subriperet ».

(6) L. 32. §. 1. D. *ad L. Aquil.*

(7) « Quippe si subreptus (infans) furi foret, ac rursus a fure « altero eum recuperasset, etiamsi duo furta fecisset, non amplius « quam semel cum eo furti agi posse ».

(8) V. Fr. C. Savigny *de concursu delictor. formal.* pag. 9. — C. A. Scröter *de concursu delictorum* pag. 29 31.

tamen furtum est, non può nulla decidere nel caso presente, nel quale non è alcun vero e proprio furto continuato. Il ladro rimane solamente in possesso della cosa rubata, ma non commette un nuovo atto, come sarebbe necessario, perchè il furto fosse continuato (9).

B. La massima, che tutte le azioni successive constituiscano un solo delitto, è straniera ancora al diritto canonico: secondo il quale anzi ogni delitto si dee punir tante volte, quante è stato commesso (10).

§. 3.

Incongruenza di questa idea secondo i principj generali.

Se si prende ad analizzare l'idea della distinzione dei delitti continuati e reiterati, si vede, che essa contiene due affermazioni. 1) Chiunque commette più volte lo stesso delitto contro diverse persone, o contro diversi obietti, è colpito dalla pena legale di ogni particolare delitto. 2) Chiunque commette più volte lo stesso delitto contro il medesimo obietto, deve esser colpito da una sola pena, non ostante il principio, che vuol punito ogni delitto commesso. Quindi la distinzione, che si fa, non dipende che dall' obietto dell' offesa. Ma se una legislazione deduce da questo la diversa punizione dei delitti, la pena vien fatta dipendere solamente dal caso. Imperocchè a) per la maggior parte dei delinquenti l' obietto del loro delitto e determinato dal caso. Se per esempio un ladro, risoluto di rubare, entra in una locanda, e de-

(9) V. anche Dabelow compendio di diritto penale pag. 108. not. v.

(10) c. l. X. *de poenis*.

ruba un forestiero; la sua intenzione non si diresse ad alcun determinato individuo. E se pel ladro è indifferente la persona del derubato, dovrà non ostante la punizione regolarsi secondo l'obietto? b) Sovente un delitto può esser continuato, senza che l'agente lo sappia; perchè il ladro può derubare la medesima persona, senza conoscerla. A, per esempio, commette un ladroneccio a carico di B, ed otto giorni dopo eseguisce un rubamento consimile contro un passeggiero, che egli non conosceva, e che era di nuovo lo stesso B. c) In altri casi il delitto si converte in reiterato, senza che il delinquente avesse cognizione dell'obietto derubato. C, per esempio, nell'ottobre del 1810 rubò del vino da una cantina nella casa D, il quale apparteneva ad E. Nel dicembre del medesimo anno C ruba dell'altro vino dalla stessa cantina: ma siccome nel novembre un altro pigionale, chiamato G, occupò la cantina, così il ladro, che senza saperlo derubò G, commise un furto reiterato: mentre non lo avrebbe commesso che continuato, se E fosse stato ancora possessore della cantina. A vien punito leggiermente, C severamente, senza che il motivo della più lieve o più severa punizione dipenda dall'imputazione, o dalla punibilità. Ambedue dovranno ascrivere al semplice caso la diversità della loro punizione.

Tanto il principio, in grazia del quale chi commette il medesimo delitto a danno di diversi obietti, debba punirsi, a motivo di delitti reiterati, per ogni singolo atto delittuoso separabile; quanto l'altro principio, in grazia del quale chi commette delitti della stessa specie, a danno del medesimo obietto, debba colpirsi per tutti questi atti delittuosi con una sola pena, conducono a decisioni false e scompigliatrici, le quali contraddicono alle massime generali giuridiche, ed alla sana ragione. a) In virtù del primo principio il giudice è costretto a dividere ed

a punire separatamente degli atti, che per la loro qualità sono uniti. Un giornaliere, per esempio, ruba da un ammasso di pertiche di luppoli, che sono all'aperta campagna, alcune di esse: dopo un quarto d'ora ritorna, e ne ruba altrettante: e così nello spazio d'un'ora ruba quattro volte. Or s'immagini, che le pertiche, insieme ammassate, appartenessero a varj padroni, e che il ladro in ogni involamento portasse via a diversi proprietarj. In tal caso il ladro apparisce responsabile di furti reiterati. B gira in una sera, come cacciatore furtivo, tre bandite, che appartengono a diverse persone, e, senza avere osservato le divisioni del bosco, uccide in ogni bandita una lepre. Questo ladro si macchia di furti reiterati. C entra a mezzogiorno in una locanda, vede una stanza aperta, ed ivi invola degli abiti: ritorna dopo un quarto d'ora, e prende altri oggetti: ritorna anche un'altra volta, e ruba nella medesima stanza un orologio. Per avventura abitavano insieme in quella stanza tre amici. Poichè C rubò ogni volta oggetti, che appartenevano ad un diverso proprietario, egli dovrà soggiacere alla pena del furto reiterato. b) Decisioni similmente scompigliatrici son prodotte dal secondo principio. A nel 1808 rubò in una locanda nella camera di num. 1.: nel 1809 rubò nuovamente nella medesima camera, dove commise anche un altro furto nel 1810. Egli dunque ha commesso in quel luogo tre furti. Ma per avventura ogni qual volta A vi rubò, si trovò sempre il medesimo forestiero nella stessa camera della locanda. A per conseguenza non è reo che di furto continuato. B nel 1808 appicca il fuoco alla casa di D, la quale va tutta in cenere. D la riedifica, e B nel 1812 brucia un'altra volta la nuova casa di lui. Qui dunque avremo un incendio continuato. C violenta nel 1810 la donna E. Dopo tre anni lo stesso C incontra nel bosco una donna, e la violenta. Si scopre, che questa era

la medesima E. C dunque non dovrà soggiacere che ad una sola pena di violenza continuata in femmina (11).

Inoltre in questa distinzione si rileva non di rado un errore dei dottori e dei legislatori. Essi riputarono giusto, che alcune specie di delitti, i quali altresì, quando fossero commessi più volte, apparivano reiterati, meritassero una minore imputazione, allorchè venissero eseguiti a danno del medesimo obietto. Per questi casi dunque si dovè parlare di delitti continuati. Ma perchè questa distinzione, dipendente dall'obietto, conveniva in certi dolitti, si pose in tutti; nella parte generale dei codici se ne diede un'idea generale; e si richiese, che i giudici ne facessero una generale applicazione.

Per giustificare questa distinzione si disse, che colui, il quale commette il delitto a danno del medesimo obietto, mostra una malvagità minore di quello, che delinque a carico di più obietti diversi; che nel secondo ogni azione esige una particolare attività dell'anima, ed una propria risoluzione, o che il dolo è composto di molti atti separati. Ma questa ragione non è generalmente persuasiva. Imperocchè a) nella maggior parte dei casi l'obietto è affatto indifferente per l'agente. Dipende in fatti da una mera casualità, che egli nel delitto posteriore offenda il medesimo, od un obietto diverso: nè il dolo si può concepire senza coscienza. b) Ogni esecuzion di delitto presuppone la sua propria risoluzione. Ancora colui, che torna a bruciare a D la casa, che gli bruciò un'altra volta, ha d'uopo di una nuova risoluzione, che non ha la menoma connessione con la precedente. È certo, che in lui si annida tanta malvagità, quanta in un altro, che si riputasse reo d'incendio reiterato. c) La ragione non

(11) V. ancora Henke Contribuzioni alla legislazione criminale pag. 219.

conviene affatto al caso, in cui il medesimo delitto si commetta dopo un lungo spazio di tempo contro il medesimo obietto. A, per esempio, ferisce B nel 1804, e lo ferisce un' altra volta nel 1814. A, dopo dieci anni, appena pensa più al fatto del 1804. Il delitto del 1814 è da considerarsi come nato di nuovo nell' animo suo.

§. 4.

Tentativo di stabilire una giusta idea nella presente materia.

Nella valutazione dei delitti commessi più volte fa di mestieri partire dalle seguenti proposizioni. I. Chiunque commette più volte un delitto della medesima specie, lo reitera. II. Per via di ogni commissione l'agente debb' esser colpito con la pena, minacciata dalla legge a questo delitto. III. È indifferente, che il delitto sia stato commesso a danno del medesimo, o di un obietto diverso. Chi dunque in tre anni ferisce tre volte la stessa persona, ha commesso tre delitti di ferimento, e soffre la pena triplicemente computata. Se ha luogo un' eccezione da questi principj, la sua ragione deve dipendere dal fondamento medesimo della punibilità. E questo caso si presenta realmente nella *continuazione di un delitto*, purchè questa espressione s' intenda rettamente. Si danno in fatti dei delitti, in cui il delinquente 1) commette più volte azioni della medesima specie in guisa, che ogni singolo atto delittuoso può considerarsi per sè come un delitto, senza che vi si richiedano altri atti antecedenti, o successivi: ma in cui per altro 2) le diverse azioni, o i diversi atti delittuosi stanno fra loro in *una certa connessione*, che obbliga a non giudicare giuridicamente come separata ogni azione, benchè divisibile, ma a riguardarle

tutte riùnite, rispetto alla pena, come *un solo delitto*. Uno per esempio vive tre anni in una relazione incestuosa, e durante questo tempo commette venti volte la copula proibita. Un altro fabbrica un documento falso, ad effetto di renderlo ostensibile per ottener danaro: lo mostra di fatto a trenta persone, e commette trenta fraudi. In simili casi è pienamente adattata l'espressione di delitto continuato. 3) Il carattere capitale consiste in questo: che ogni singolo atto (per esempio ogni copula incestuosa, ovvero ogni ostensione del falso documento per ingannare) si possa considerare per sè come un delitto, e pur non sia che il seguito di un determinato maleficio, per modo che tutti gli atti successivi risultino dal medesimo, ed appariscano come sequele naturali di esso, e perciò non ne aggravino l'imputazione. 4) Quindi il carattere, accennato da alcuni criminalisti (12), che cioè nei delitti continuati niuno degli atti delittuosi possa considerarsi come azione compiuta, mentre nei delitti reiterati ogni azione è compiuta, ed ha tutte le qualità in essa richieste dalle leggi, è intieramente erroneo. Imperocchè, per esempio, l'atto singolare dell'incesto, cioè ogni copula particolare, sarebbe compiuto, ed avrebbe tutte le qualità, dalle quali è constituito, secondo la legge, il delitto, sebbene non fosse poi seguitato da altri atti. 5) Anche il carattere, che lo stesso delitto sia commesso più volte contro il medesimo obietto, non è necessario; perchè ciò, come fu già dimostrato, dipende solamente dal caso, conduce a decisioni erronee, ed in molte specie di delitti continuati non è affatto escogitabile. Il mercante, per esempio, che si serve di false misure, e di falsi pesi; l'oste, che spaccia vini falsificati; il falso monetiere, che diffonde false monete, commette in un anno la sua

(12) Kleinschrod Sviluppo sistematico del diritto penale, parte I. §. 158.

frode a carico di cento persone, eppure il suo delitto è sempre continuato. 6) La ragione, per cui un delitto diviene continuato nel suo vero senso, consiste a) nella *qualità di certi delitti*, o b) nella maniera particolare della commissione. Il carattere generale vuolsi cercare nella connessione, che riunisce fra loro diverse azioni delittuose, e così constituisce la loro *continuità*. 7) In tutti i casi di delitti continuati, sebbene appariscano di numero plurale, e quindi sembrino reiterati, la legislazione avrà per altro ragioni per riconoscerli tutti insieme, e per punirli come *un solo delitto;* perchè a) l'azione stessa non è che *una*, essendo la legge stata violata solamente una volta, al momento cioè in cui il delinquente si pose nella relazione, dichiarata delittuosa. L'ingiustizia in fatti consiste nel collocarsi appunto in quella relazione, come accade dell' adultero, o dell' incestuoso, ed ogni singolo atto si dee sempre considerare come relativo ad essa. b) Anche la volontà illegale dell'agente, a motivo che il delitto fu continuato, non è maggiore, nè più punibile; perocchè, per tornare a commettere l'atto, che appartiene al delitto, non si richiede una nuova particolare risoluzione. Dopo che una volta il delinquente vive in adulterio con una certa persona, ogni commissione si è fatta semplice e facile al delinquente, a cui non si affaccia neppur la coscienza di una maggiore ingiustizia, se si approfitta più volte della sua relazione. 8) Il carattere distintivo per altro dei delitti reiterati e continuati non è uno solo, che basti in tutti i delitti; in quanto che la natura di alcuni fa sì, che gli atti diversi, i quali d'altra parte constituirebbero altrettanti delitti reiterati, appariscano in qualche caso come proseguenti (per esempio nell'adulterio); mentre in altri delitti la sola qualità particolare dell' intraprendimento produce la continuazione. Quindi il giudice nella sua valutazione dovrà guardare a) alla

Digitized by Google

qualità del delitto, b) al particolare intraprendimento: e si può ammettere un carattere comune, che contrassegni tutti i delitti proseguenti, in quanto solamente si presenti nei medesimi una certa connessione delle azioni diverse. È vero, che sovente i delitti continuati si commettono sullo stesso obietto, come per esempio avviene nell'adulterio: e ciò ha indotto diversi criminalisti a considerare, come general distintivo caratteristico dei delitti reiterati e continuati, la direzione ad un medesimo obietto, o ad obietti diversi. Ma come questo non sia un generale criterio, si è già mostrato di sopra. Quando per altro si presenta un delitto continuato nel suo vero senso, la legislazione dee stabilire, a riguardo della pena, il principio, che tutte le azioni, le quali continuano il delitto, e lo constituiscono siccome unico, sieno colpite dalla pena legalmente minacciata al medesimo; per esempio dalla pena dell' adulterio, ancorchè i congressi adulterini fossero cento. — Non ostante per altro questo computo, la continuazione debb' essere operativa sulla pena. 1) Ogni qual volta le leggi penali sieno relativamente indeterminate, e fissino un grado minimo ed un grado massimo della pena; la più lunga continuazione del delitto sarà un motivo aggravante, ed autorizzerà il giudice a decretare la pena al di sopra del punto medio. 2) Se per alcuni delitti le pena è computata in ragion delle somme, come accade nel furto; il giudice coacerverà le somme che furono involate coi ripetuti atti furtivi, e determinerà dal totale la pena. 3) Per l' autore di delitti continuati non hanno luogo i motivi di mitigazione, che nascono da precipitanza, seduzione, provocazione, o da altre simili ragioni, che lo avrebbero favorito, se avesse commesso una sola volta il delitto (13).

(13) Chr. Erhard Progetto di un codice dei delitti e delle pene per la Sassonia, art. 379.

§. 5.

Delitti continuati, a) per via della loro qualità.

Si danno certe azioni illecite, dichiarate delitti, nelle quali la legge per poderose ragioni legislative non fa determinare la pena secondo il numero degli atti, che intraprende il delinquente, ma guarda piuttosto a qualche relazione, in cui egli si è posto, e che vien da lui durevolmente usata e messa a profitto. Qui l' ingiustizia non sta in ogni atto, che apparisce piuttosto come sequela facilmente intelligibile della relazione, ma nel fatto, per cui mezzo il delinquente si è posto in quella medesima relazione, dichiarata delittuosa, della quale egli si può approfittare per sodisfare alle sue illecite mire. In simili delitti, che si possono ridurre a quattro classi, si potrà quindi parlare anche di continuazione.

I. Se un delinquente, per arrivare ad un illecito fine, intraprende un' azione, come mezzo a conseguire un' illecita utilità, o a danneggiare altrui; tutti gli atti applicativi dell' illecito mezzo appariranno solamente come continuanze del delitto. Se quindi a) il mercante si fa costruire false misure e pesi falsi, e se ne serve in cento casi, non si presenta, che una fraude continuata; perchè il vero e proprio delitto consiste nel far costruire quei falsi pesi con l'intenzione di fraudare. Se b) un oste altera il vino in una guisa pregiudicevole alla salute, e lo vende alterato a cinquanta persone, egli vien punito per la sua falsità continuata, senza riguardo al numero delle persone danneggiate. Se uno c) forma una lotteria fraudolenta; se un' altro d) si fabbrica un falso documento, come un falso passaporto per aiutarsi a passare, od un falso attestato d' incendio per far danaro; le fraudi di queste persone sono continuate. Se uno e) fabbrica per

tre anni false monete, e le ha spacciate cento volte; nasce la falsità nummaria continuata. Se f) uno scaltro marinolo promette ad un contadino d'insegnargli dei tesori, e lo briccola per danaro, dove poscia al credulo ingannato si unisca un vicino, e questi si tiri dietro un terzo ed un quarto nella società dissotterratrice di tesori; l'ingannatore non incorre che in una sola pena di fraude (14).

II. Quando la legge dichiara delitto un'azione, perchè l'intraprendimento di essa lede un particolare dovere, che obbligava l'agente alla fedeltà, tutti gli atti intrapresi dal delinquente, che si è posto una volta nella relazione infedele, appariscono come sequele di essa, e così come azioni proseguenti. a) Se il marito vive in relazione adulterina con la moglie altrui; non è il numero de' congressi venerei quello che decide, perchè egli è in adulterio continuato. b) Se un causidico è infedele al proprio cliente, per favorire la parte avversaria, e nel corso del processo dieci volte favorisce il contradittore, e pregiudica al cliente; si rende colpevole di prevaricazione continuata. c) Se un pubblico impiegato accetta, in un affare giuridico dieci volte danaro da una parte; la corruzione è continuata. d) Se un pubblico camarlingo piglia illegalmente danaro per venti volte dalla cassa, alle sue cure affidata; la intercezione è continuata.

III. Quando la legge dichiara delittuosa una certa relazione, e taluno si pone in essa, e ne trae profitto, intraprendendo più atti, come sequele della medesima;

(14) Che in simili casi non decida il numero delle persone ingannate, è cosa riconosciuta dalle moderne legislazioni (Cod. Austr. §. 178. Cod. Bav. art. 263). Quindi la legge dice semplicemente: « Se uno si serve di false misure, o di pesi falsi; se uno fabbrica bolli falsi; se uno altera i comestibili ».

questi atti sono proseguenti. È tale il caso dell'incestuoso.

IV. Quando la legge qualifica certi delitti, a motivo di una relazione, che impone particolari doveri di fedeltà, ed agevola certe violazioni; tutte le azioni intraprese dal delinquente infedele in simile relazione, di cui si approfitta, sono continuanze. Per esempio la fante, che ruba alla padrona per la prima volta dieci scudi; per la seconda, venti; per la terza, dodici; e per la quarta, cinque; commette un furto domestico continuato: e la pena le si dee computare, come se avesse rubato quarantasette scudi in una volta sola.

§. 6.

Delitti continuati b) per via del particolare intraprendimento.

In altri casi, per quanto possano rimanerne offese diverse persone, e di fronte a ciascheduna di esse possano presentarsi a prima vista altrettanti delitti, pure tutti gli atti presi insieme formano un solo delitto continuato, da colpirsi con la pena, che è dovuta ad una sola violazione. Ciò accade quando uno con l'intenzione di commettere un certo delitto, senza badare contro chi lo commetta, entra in un luogo, ed ivi offende più persone, mediante l'esecuzione del suo delitto. Un ladro, per esempio, entra in una osteria, s'insinua di soppiatto in una camera, e toglie danaro da una cassetta, un orologio da un altra, degli abiti da una terza. Se poi si dimostra, che tre forestieri abitavano in quella medesima camera, e che il danaro apparteneva ad A, l'orologio a B, ed il vestiario a C; il ladro non dee soffrire la pena di tre furti, ma di un furto solo, coacervato per altro il

Digitized by Google

valore del danaro, dell' orologio, e del vestiario. Se uno va in campagna, e ruba del grano da due campi limitrofi, o danneggia tre siepi; egli si rende colpevele di un furto, o di un danno dato continuato, ancorchè si dimostri, che i campi, o le siepi appartenessero a proprietarj diversi. La ragione, per cui ha luogo in simili casi la continuazione, è riposta nella *continuità dell' azione delittuosa*, in cui il ladro non riguarda le persone, e trovandosi una volta nell' occasione, che lo invita ad arricchirsi con altrui pregiudizio, eseguisce con la medesima operazione, che a lui sembra non interrotta, un solo delitto. Per lo stesso motivo anche quegli, che appicca il fuoco alla casa da lui odiata, e pochi minuti dopo, vedendolo spento, lo riappicca ad un altro canto della medesima, non si reputa colpevole di due incendj, ma si colpisce con la pena di un solo. Parimente colui, che, per avvelenare il proprio nimico, gli somministra il veleno in diverse porzioni, perchè la qualità di esso richiede una tal divisione, sarà colpevole di un sol veneficio continuato (15). Similmente in quel ladro, che penetra in un granaio, ne toglie un sacco di grano, e tosto ritorna e ne invola un altro, non si potrebbe ammettere che il furto continuato, sebbene il secondo sacco appartenesse ad un altro padrone (16).

L'autore di questa breve dissertazione prega i lettori a considerare, che egli si è solamente proposto di fornire il suo obolo alla presente dottrina, e che sarebbe sodisfatto, se il suo tentativo potesse contribuire a bandire dai moderni codici l'idea mal ferma, da esso impugnata.

---

(15) Schröter de concursu delictorum, pag. 13.

(16) V. un altro giudizio di questo caso in Dabelow Compendio di diritto penale, pag. 109.

Digitized by Google

V.

Osservazioni di *Scheurlen* sulla recidiva (estratte dal tomo XI. fasc. 4. del nuovo archivio di diritto criminale).

§. 1.

La recidiva è una delle materie più difficili e più controverse del diritto penale. E domina intorno ad essa, segnatamente nelle opere legislative moderne, tanta diversità di vedute, che non sarà giudicata opera infruttuosa il sottoporre ad esame le più rilevanti quistioni, che vengono agitate in questa parte di politica criminale. Le presenti osservazioni sono scritte a riguardo dei nuovi codici e progetti di codici; onde potranno servire di materiali nel tema della recidiva per coloro, che si debbono occupar di lavori di legislazione penale. Io mi son proposto di richiamare ad esame le disposizioni del comun diritto positivo germanico intorno alla recidiva. La qual cosa, benchè sia stata fatta modernamente da altri, si è per altro ristretta a quelle parti del diritto comune, sopra le quali serban silenzio le fonti legali.

§. 2.

Qualunque sia la teorica del diritto di punire, onde si parta; il delitto ripetuto, dopo che ne fu sofferta la pena, si presenta sempre come maggiormente punibile

di quello, che fu per la prima volta commesso. So, che questo principio è stato combattuto con ragioni dedotte dalla filosofia del diritto, e che è stato unicamente concesso, che a tenore della sola teorica del miglioramento si possa giustificare, per causa della recidiva, un aggravamento di pena (1): ma so ancora, che questa opinione ha trovato la sua confutazione (2). Antiche e moderne legislazioni hanno riconosciuto la massima dell'aggravamento di pena a motivo di recidiva. Laonde sembra, che una maggior discussione su questo punto sarebbe inutile. Ma d'altra parte io sono d'avviso, che sieno meritevoli di una più esatta considerazione le quistioni seguenti. 1) La recidiva è semplicemente da ammettersi nei delitti della medesima specie, o del medesimo genere, o ancora in quelli di genere diverso? 2) L'idea della recidiva si dee ristringere ai soli delitti dolosi? 3) La recidiva si presenta soltanto allorchè la pena del delitto anteriore è già stata sofferta? 4) Affinchè la pena aggravata della recidiva abbia luogo, è egli necessario, che ne sia già stata espressamente notificata la comminazione? 5) La misura dell'aggravamento della pena (inteso in senso generale, e che comprenda ancora l'elevamento di essa) dietro quali considerazioni si dee per la recidiva determinare?

§. 3.

Intorno alla quistione, se la recidiva sia ammissibile solamente nei delitti della medesima specie o del medesimo genere, o ancora in quelli di genere diverso, le disposizioni dei moderni codici e progetti di codici penali sono assai differenti. Il codice penale bavaro del

(1) Nuovo Archivio di diritto crim. tomo V. p. 479. e segg.
(2) l. c. tomo IX. p. 101. e segg.

1813 (3) esige per la recidiva un delitto della medesima specie di quello, per cui il delinquente è stato precedentemente punito. Così la pena della recidiva rimane esclusa non solo nei delitti, che sono diversi di genere, ma ancora in quelli consimili, ed equiparati rispetto alla pena, quando sono di specie diversa. Quindi se il ladro, dopo essere stato punito del furto, commette una truffa, non può soggiacere alla pena della recidiva più che se avesse commesso un ferimento. La medesima idea vien seguitata dal diritto provinciale prussiano, parte II. tit. 20., a tenore del quale *la ripetizione di delitti eguali produce sempre l'aggravamento della pena, imposta al delitto semplice.* Ed il codice austriaco del 1803 (4), abbracciando lo stesso principio, dichiara, che concorre una particolar circostanza aggravante, *quando il delinquente è già stato punito per via di un delitto eguale.*

Il progetto, stampato nel 1823 (5), per un codice penale del regno di Württemberg, è andato più oltre. Questo ammette la recidiva non solo nei delitti della medesima specie, ma ancora in quelli del medesimo genere. Se non che non ha indicato i caratteri, dai quali si dee giudicare, che un delitto appartenga al medesimo genere. Il progetto del codice penale annoverese (6) si è occupato di regolare più esattamente questo ponto. I caratteri, onde si dee giudicare, che i delitti sieno del medesimo genere, sono ivi ridotti ai seguenti: 1) l'eguaglianza del sentimento, e della propensione sensuale, onde son derivati i delitti; 2) l'eguaglianza dell'attività criminosa; 3) l'eguaglianza dell'obietto, e specialmente del dritto, violato dal delitto. Nel primo rispetto apparten-

(3) Art. 111.
(4) Art. 3. Conf. Jenull Dir. crim. austr. tom. I. §. 37
(5) Art. 112.
(6) Art. 130.

gono esempigrazia al medesimo genere tutti i delitti, che nascono da avidità di guadagno, come il furto, la truffa, e la frode; o che sono prodotti da incontinenza, come lo stupro e l'adulterio. Nel secondo rispetto sono da riguardarsi congeneri esempigrazia i delitti, che consistono in violenze. Nel terzo rispetto sono della medesima qualità tutte le aggressioni alla vita, ed alla integrità personale, del pari che le diverse specie d'ingiurie (7). Dallo stesso punto di vista è partito ancora il progetto riveduto del codice penale per la Baviera (8): se non che questi caratteri non sono notati nel progetto medesimo, ma solamente nei motivi. Sembra per altro, che sì fatte disposizioni del progetto annoverese possano in pratica generar confusioni. Potrebbe forse esser meglio riporre il carattere della omogeneità nella sola eguaglianza dell'impulso delittuoso, per modo che in ogni caso la recidiva somministrasse la prova di una forza ed intensità particolare dell'impulso a delinquere. La quale si dovrebbe per regola riconoscere dall'avere il nuovo delitto violati gli stessi diritti, che furono offesi dal precedente, e (quando l'essenza di fatto di un delitto richieda una determinata intenzione) dall'averli violati con la medesima mira (9). All'indicato carattere poi dovrebbe aversi opportuno riguardo nell'ordinamento dei delitti nella parte speciale del codice penale.

§. 4.

Ma l'idea della recidiva non si può veramente applicare, che ai delitti del medesimo genere? Le ragioni,

(7) Bauer Osservazioni sul progetto annoverese p. 631. e segg.

(8) Art. 87. Motivi p. 65,

(9) Conf. Stübel progetto di un codice criminale pel regno di Sassonia, parte I. §. 213.

per cui il delitto reiterato è più punibile di quello per la prima volta commesso, non convengono solamente ai delitti della medesima specie, o del medesimo genere, ma ancora a quelli di genere diverso. Chi ha già provato il rigore delle leggi penali, se commette un nuovo delitto, è subiettivamente più pericoloso di quel delinquente, che non è stato ancora punito giammai. Certamente il malvagio, che ora ha commesso un delitto, ora un altro, non ha manifestato una così decisa propensione per uno di essi, come colui, che ha più volte eseguito lo stesso delitto: ma non ha esternato men del secondo un particolare dispregio per le leggi, nè men dimostrato, che l'ordinaria severità delle medesime non è sufficiente a domare la sua ingiusta volontà (10). A ciò si aggiugne anche una circostanza, specialmente valutata da Oersted (11), che uno dei motivi dell'aggravamento di pena nella recidiva, dico l'ottusità del sentimento del delinquente, anteriormente punito, pei dolori penali, è del pari applicabile, o la pena antecedente sia stata incorsa per un delitto eguale, o per uno diverso. Per lo che le opere legislative di maggior conto, recentemente comparse, vale a dire il progetto annoverese, quello riveduto per la Baviera, e quello di Zachariae (12), hanno ammesso la recidiva in questo senso più lato. Ivi per altro si riconosce, che nei delitti della medesima specie, o del medesimo genere, la recidiva è degna di maggior pena che in quelli di genere diverso. Il delinquente di già punito, che ricade in un delitto del medesimo genere, mostra con questo, che gl'impulsi, onde procedono tali delitti, hanno nell'animo suo una forza ed una ostina-

(10) Bauer Osservazioni sul progetto annoverese p. 615.
(11) Regole fondamentali per la legislazione penale p. 337.
(12) Zachariae Progetto di codice penale, Heidelberg 1826 p.76.

Digitized by Google

zione particolare. Colui certamente, che è stato punito d'un furto, dovrà superare nel suo interno una resistenza maggiore, se vuol commettere un altro furto, che se vuol bistrattare una persona. Laonde, se torna ciò non ostante a rubare, è subiettivamente più pericoloso. La causa generale di punire più gravemente la recidiva è quivi maggiore: e perciò nella così detta recidiva propria la pena vuolsi applicare con più di rigore, che nella impropria. Purchè si faccia questa differenza di penalità fra la recidiva propria e la impropria, non importa, che la seconda si ritrovi nel codice criminale sotto il nome di recidiva. Si è in fatti opposto, che, se le idee popolari non si voglion confondere, non si debbono coacervare casi diversi sotto un medesimo punto di vista. Ma l'essenza di questa dottrina non è ancora così fermamente fissata nella scienza legale e nella pratica della vita, che fosse da temere di una confusione d'idee, quando per recidiva si dovesse intendere in generale la ricaduta nel delitto. Dove per altro si reputi, che l'uso della favella richieda una diversità di nomenclatura, si potrebbe per avventura distinguere la circostanza aggravante per motivo di pena precedentemente sofferta dalla circostanza aggravante per motivo di recidiva.

§. 5.

La quistione, se l'idea della recidiva si debba ristringere ai delitti dolosi, è stata affermativamente risoluta dal codice penale di Baviera (13). Il progetto pel regno di Württemberg non tocca espressamente questo punto: ma siccome parla di trasgressioni in generale, non si dovrà dubitare, che a tenore di esso la recidiva

(13) Art. 111.

si presenti anche quando il primo reato fu doloso, e colposo il secondo, o viceversa. Il progetto riveduto per la Baviera discorre in genere di un' azione contraria alla legge penale, e comprende perciò i reati dolosi e colposi. Il progetto annoverese vieta solamente di considerare della medesima specie un delitto intenzionale, ed uno commesso per negligenza: ma non esclude del resto le trasgressioni colpose dall'idea della recidiva. Su di che Bauer dice nelle sue osservazioni, che l'idea della recidiva non si dee limitare al delitto intenzionale; perchè il motivo di elevare la penalità del delinquente si ritrova ancora nei delitti colposi, sebbene in più bassa misura. Chi dubiterà esempigrazia, che colui, il quale è già stato punito di un omicidio colposo, commesso alla caccia, postochè uccida per nuova imprudenza un uomo, non meriti una pena più grave di quando produsse il primo delitto? Appena occorre notare, che fra i delitti dolosi e i colposi intercede una differenza essenziale d'imputazione; onde nel caso di un delitto doloso e di uno colposo non si potrebbe ammettere in generale alcuna recidiva, nè propria, nè impropria. Ma poichè fra delitti colposi e colposi non ha luogo alcuna differenza d'imputazione, e quando uno reitera per imprudenza lo stesso fatto, per cui è stato precedentemente punito, dimostra certamente un più alto grado di *culpa*; sembra, che ad un tale agente si debba irrogare una pena alquanto più grave, e che perciò nei delitti colposi della medesima specie sia d' uopo ammettere la recidiva (14).

(14) Uno de' più distinti criminalisti politici, Mittermaier, nelle sue osservazioni sul progetto annoverese p. 32 e 33, vuole che la recidiva sia assolutamente circoscritta ai soli delitti dolosi.

§. 6.

Anche sulla quistione, se la recidiva si voglia riconoscere solamente quando è stata già sofferta la pena del precedente delitto, le opinioni sono assai divergenti fra loro. Il codice penale bavaro ammette nelle sue letterali disposizioni la recidiva, solamente allorchè è stata già sofferta la pena (15). Ma, secondo le annotazioni officiali (16), sembra che non sia necessaria, che la condanna, e basta in ogni caso, che l'esecuzion della pena abbia avuto principio. O la pena decretata (ivi si dice) sia stata sofferta per intiero, o no, ciò non altera le regole della recidiva. Nella quale si può incorrere così durante il tempo penale, e nel luogo medesimo, ove si purga la pena, come dopo averla pienamente espiata. Neppure la grazia, sia stata totale, o parziale, toglie di mezzo la pena della recidiva. Seguita questi principj anche il progetto pel regno di Wurttemberg (17). All'opposto il progetto riveduto per la Baviera stabilisce all'art. 87, che la recidiva abbia luogo solamente allorchè uno sia stato punito per via d'un atto contrario alla legge penale: ed il progetto annoverese dà il nome di delinquente recidivo a colui, che ha già sofferto intieramente, od in parte, la pena di un delitto anteriore. E quest'ultima disposizione sembra meritare la preferenza. Quivi soltanto si rinvengono le sopraccitate ragioni di punir maggiormente i delitti reiterati; sebbene in grado minore appariscano ancora in quello, che solamente in parte ha espiato la pena del delitto anteriore. Ma le medesime non concorrono affatto, quando è stata semplicemente pro-

(15) Art. 111.
(16) Tomo I. p. 265.
(17) Art. 112. 113.

nunziata la sentenza condennatoria, o è stata condonata per grazia al delinquente la intiera pena, o il delitto è stato prescritto. La grazia in vero e la prescrizione, in quanto estinguono giuridicamente un delitto, equivalgono all'espiazion della pena: ma nel presente rispetto ha luogo una differenza essenziale. Appunto l'espiazion della pena, cioè la circostanza di avere il delinquente provato il rigor della legge, è il motivo della più elevata penalità subiettiva nel nuovo delitto. Se il delinquente non é stato punito del suo precedente reato, nel commettere il nuovo si può essere più facilmente abbandonato alla lusinga d'un'altra impunità. Egli non mostra un'Ingiusta volontà cotanto ostinata, come quella, che non è stata sottoposta al freno della pena. Un agente sì fatto non merita maggior pena di colui, che, processato di un delitto, ne commette un altro dopo che è terminata la inquisizione del primo, ma avanti, che la condanna ne sia pronunziata. Ed un tal delinquente non si è mai considerato e trattato come un recidivo.

§. 7.

Il progetto pel regno di Wurttemberg (18) dispone, che ogni delinquente, nell'atto che gli si notifica la pena a lui decretata, debb'essere esattamente ed efficacemente instruito dal tribunale delle conseguenze legali, che incorrerà nella prossima recidiva in un delitto della medesima specie, o del medesimo genere. E lo stesso avvertimento si dee ripetere dal detto magistrato ai forzati, ed agli altri carcerati, al momento del loro congedo dallo stabilimento penale. Sembra, che questa precedente ammonizione debba formare la condi-

(18) Art. 115.

zione dell'aggravamento di pena per motivo di recidiva; perocchè altrimenti non sarebbe stata collocata nel progetto del codice penale, ma nel codice di criminal procedura. Una simil disposizione si trova pur contenuta nel progetto annoverese (19), ma non già in quello riveduto per la Baviera. Per quanto questa ammonizione possa essere opportuna, non le si dovea dare per altro tanto peso, da collocarla nel codice penale; poichè, anche senza di essa, la penalità più elevata si appoggia all'inefficacia della pena sofferta. Si andrebbe tropp'oltre, se da questo avvertimento si volesse far dipendere la penalità determinata. Basta, che il delinquente generalmente sapesse nell'operare, che commetteva un azione punibile. Quindi il precetto di ammonire intorno alla recidiva i delinquenti condannati, potrebbe per avventura trovare il suo luogo nel codice di criminal procedura, o nelle instruzioni pe' direttori di stabilimenti penali.

§. 8.

Determinata così con maggiore esattezza l'idea della recidiva, come causa di aggravare la pena, dobbiamo adesso richiamare ad esame i principj, dietro i quali si vuole stabilir la misura di si fatto aggravamento.

Prima di tutto la giustizia chiaramente richiede, che si punisca soltanto il nuovo delitto, e non il precedente; perchè questo è stato di già punito, ed il punirlo un'altra volta starebbe in contradizione con le massime elementari del diritto penale. Di qui conseguita, che la pena da decretarsi contro il delinquente recidivo si dee determinare dietro il nuovo delitto, ed aggravare a cagione del maggior pericolo subiettivo. Il sottoporre di nuovo

(19) Art. 133.

il delinquente recidivo alla pena, che ha già patito, non si accorda con una legislazione razionale, ed il motivo, con cui si è preteso di giustificare un simil procedimento, consiste in una vana sottigliezza.

Se non che il legislatore non si dovrà contentare della regola generale indicata, ma dovrà pure assegnar le ragioni, dietro le quali sia misurato l'aggravamento della pena, quando non voglia, senza sufficiente motivo, allargare di troppo l'arbitrio de' giudici. Al quale bensì bisogna confessare, che fa d'uopo concedere in questo caso una maggior latitudine, che in altri. Sarebbe certamente inopportuno, che venissero prescritte regole assolute, che obbligassero il giudice ad una data maniera di computare, come fu fatto nel codice penale bavaro (20). Bauer (21) osserva assai giustamente, che il legislatore, se volesse minacciare pene determinate per la recidiva, incorrerebbe in una casistica, incatenerebbe soverchiamente i giudici, e renderebbe sommamente difficile l'applicazion delle leggi; perchè nella punizione dei delinquenti ricaduti si dee necessariamente riunire la considerazione di molte ragioni, che si vogliono vicendevolmente librare. Perciò il legislatore si dovrà contentare di prescrivere i canoni generali, che si dovranno considerare nella misura dell'aggravamento per causa di recidiva.

§. 9.

A questa esigenza ha sodisfatto assai bene il progetto annoverese: nel quale, oltre all'eguaglianza di specie dei delitti, ed al numero delle recidive, si notano

(20) Mittermaier dello stato più recente della legislazion criminale, Heidelberg 1825, p. 156.

(21) Osservazioni sul progetto annoverese, p. 621.

come elementi di misura: 1) la quantità della pena precedentemente sofferta; avvegnachè quanto questa fu maggiore, tanto apparisce più pericoloso il delinquente, che da essa non si lasciò distornare: 2) il tempo trascorso fra la pena sofferta ed il nuovo delitto; perocchè chi torna a delinquere dopo avere di fresco espiata la pena è certamente più pericoloso di quello, che commette un altro delitto molto più tardi: e 3) la condotta, tenuta dall'agente in questo intervallo.

Ma contemporaneamente sono prescritti certi limiti all'arbitrio dei giudici: i quali debbono (22) accrescere la pena legale del nuovo delitto, o prolungando il tempo penale entro i confini stabiliti per la specie di pena incorsa, ed aggravarla con le addizioni permesse, o salire, quando sia necessario, alla specie più alta, che prossimamente succede. Del resto nei casi di recidiva è ammesso l'accrescimento della pena fino alla privazione perpetua della libertà: ma in luogo di una pena di questa specie, che sia stata incorsa, non è mai concesso di decretare la pena di morte. Sembra, che si sia avuta una ragion sufficiente per limitare nell'indicato rispetto l'arbitrio dei giudici, a fine di evitare, nella punizion delle recidive, quella eccessiva severità, alla quale si mostrano così facilmente inchinati. Una pena troppo grave non assicura lo Stato dalla frequente ripetizion dei delitti. Per lo che non sembra degno di approvazione il progetto riveduto per la Baviera, in quanto non contiene disposizioni, dirette a circoscrivere l'arbitrio dei giudici nell'accrescer la pena della recidiva. Se per altro si ha motivo di andar d'accordo nell'essenziale col progetto annoverese, il disteso dell'articolo, che circoscrive in questa parte l'arbitrio dei giudici, non sembra degno di

(22) Art. 132.

lode, come quello che apre la via a molti dubbi. In ogni caso sarebbe preferibile il disteso seguente di Bauer (23): « A tenore degl' indicati rispetti (cioè motivi per misu- « rare l' aumento di pena), il giudice deve, o prolungare « la pena del nuovo delitto, dentro i limiti legalmente « fissati per quella specie penale, e, secondo le circo- « stanze, aggravarla con le addizioni permesse, oppure, « se col nuovo delitto è stato incorso il grado supremo « della pena legale, aggravata delle permesse addizioni, « decretare la specie penale prossimamente superiore ». Per altro anche questo disteso non renderebbe superflua l' aggiunta, che si debba ascendere alla specie penale prossimamente superiore, non solo quando col nuovo delitto considerato in sè stesso sia stata incorsa la pena suprema, legalmente ammissibile nella specie penale inferiore, ma ancora quando la penalità venga accresciuta per la recidiva a tenore degl' indicati rispetti (esempigrazia perchè è stata già sofferta una pena assai grave, o perchè le ripetute recidive si sono rapidamente succedute) per modo che anche il più alto grado della pena legale sarebbe troppo leggiero.

Per giudicare maturamente, se si debba riputare opportuna la disposizione del progetto pel regno di Wurttemberg (24), a tenor della quale il delinquente recidivo debb'essere assoggettato, dopo aver sofferto la pena, alla sorveglianza della polizia per un tempo determinato, converrebbe sapere con precisione in che consista questa sottoposizione alla sorveglianza della polizia. Del resto io credo, che la polizia potrebbe fornire validissimo aiuto alla legislazione penale, se fondasse tali instituti, che assicurassero l' occupazione, e rendessero possibile

(23) Osservazioni intorno al progetto annoverese, p. 637.
(24) Art. 116.

Digitized by Google

un guadagno onesto ai delinquenti congedati dagli stabilimenti penali. Sotto questo rispetto rimane aperto negli Stati germanici alla potestà della polizia un esteso e fecondissimo campo di attività. Le somme, che farebbe d'uopo sacrificare a questo effetto, sarebbero in pochi anni ricompensate dalla diminuzion delle spese processali.

§. 10.

Il sistema, abbracciato dal progetto annoverese, dal sassonico, e dal bavaro riveduto, intorno all'influenza della recidiva sull'aumento della pena del nuovo delitto, diverge grandemente dai sistemi, seguitati dagli altri codici. Sono note le disposizioni del codice penale francese, che la pena incorsa col delitto ripetuto fa subito trapassare nella specie penale prossimamente superiore, e che necessariamente produce una crudeltà rivoltante di punizioni. Il codice penale bavaro ha sfuggito queste troppo severe determinazioni: ma la sua cura di limitare assolutamente l'arbitrio de' giudici produce la conseguenza, che l'applicazione delle sue prescrizioni, dirette ad escludere la libertà del poter giudiciario nell'adeguare la pena, faccia in molti casi emanar condanne di eccessivo rigore (25).

Per una speciale severità nel punire i delitti reiterati si distingue ancora il codice penale delle *Cortes* Spagnuole, come quello che raddoppia la pena della prima recidiva, e quadruplica la pena della seconda, quando il nuovo delitto fu commesso dopo un certo spazio di

(25) Conf. Scheihass della recidiva, nel nuovo archivio di dir. crim. tomo II. p. 583, 589. — Gönner e Schmidtlein, annali di legislazione del regno di Baviera, tomo I. p. 177. e seg.

Digitized by Google

tempo (26). Per altro, non solamente a petto di questo sistema di rigore, ma ancora del sistema di dolcezza, onde sono animate le disposizioni del codice austriaco, merita preferenza il progetto annoverese; a tenore del quale non può mai nascer caso, in cui la recidiva rimanga non computata nell'adeguare la pena. Quello che è stato detto su questo punto da Bauer (27), e da Mittermaier (28), segnatamente intorno alla soverchia severità della pena della recidiva, sembra dispensare da ogni confronto ulteriore.

§. 11.

Rimane adesso a vedere, se in alcuni delitti si debbano constituire più rigide disposizioni penali per causa di recidiva. Una tal qnistione è risoluta affermativamente dal diritto provinciale prussiano: il quale, sebbene rilasci all'arbitrio del giudice l'aggravamento della pena a motivo di recidiva, in alcuni casi per altro, esempigrazia nell'incendio, nella falsità, nello spergiuro, nella rapina, nel furto, nelle ingiurie, nelle insubordinazioni, e nella perturbazione del divino servigio, determina una pena particolare, che d'ordinario consiste nel raddoppiamento di quella minacciata al primo delitto. Anche il progetto annoverese, in vece di considerare la recidiva in certi delitti, come una semplice circostanza aggravante, l'ha dichiarata per una qualifica, e quindi l'ha minacciata di una pena più severa di quella, che secondo le regole generali dovrebbe aver luogo. Ivi in fatti si trova ordinato: 1) che quell'incendiario, che è stato già sottoposto alla pena delle catene, dove si renda colpevole di un altro

(26) Sussidj per gli studj di dir. crim. Hamb. 1825, tomo I. p. 177. e seg.

(27) Osservazioni sul progetto annoverese, p. 613-627.

(28) Riflessioni sul progetto annoverese, p. 31.

incendio, che rechi pericolo alle abitazioni umane, sia punito di morte; 2) che la recidiva nel delitto d'infanticidio abbia del pari per conseguenza la morte; 3) che il rapinatore recidivo incorra nella pena dei pubblici lavori perpetui. Finalmente la recidiva produce l'effetto di comunicare in grado leggiero la qualità di delitto all'azione, che sarebbe di per sè suscettiva di castigo disciplinale, o di polizia, come il furto, la frode, la truffa, il danno dato. La quistione, se sia prudenziale o necessario il costituire speciali e più rigorose disposizioni per punire la recidiva del furto, della truffa, e della frode, venne, come si può raccogliere dalle osservazioni di Bauer intorno al progetto (29), sottoposta alla commissione consultiva di Annover, e negativamente risoluta.

Parimente il progetto del regno di Wurttemberg contiene speciali disposizioni rispetto alla recidiva in diversi delitti, cioè nel furto, nella truffa, nella rapina, nella estorsione, nell'incendio, nella frode, nell'adulterio, nello stupro, e nel lenocinio (30).

§. 12.

La ragione legislativa, capace di giustificare queste più rigorose comminazioni eccezionali, non può esser altra che quella del più grave pericolo dell'ordin giuridico dello Stato. Essa può esser fondata, o nella gravità del delitto, avvegnachè, quanto questo è maggiore, tanto divenga più pericoloso all'ordin giuridico quegli che se ne rende reiteratamente colpevole; o nella specie del delitto medesimo, la quale sia tale, da far riputare, che gli uomini abbiano una maggior propensione a ripeter-

(29) p. 642. e seg.
(30) Art. 243. 257. 265. 269. 277. 297. 357. 369. 374.

lo. Ma nel primo caso non occorrono particolari disposizioni penali; e perchè la pena della recidiva, dietro le prescrizioni generali relative alla grandezza della pena precedentemente sofferta, ed alla omogenea qualità dei delitti, sarà già di molto rilievo, e perchè le recidive di questa specie, a motivo della pena, ordinariamente di lunga durata, del primo delitto, si presenteranno di rado. Lo stabilire segnatamente, che nel caso di ricaduta in certi delitti (nell'infanticidio, e nell'incendio), in luogo della pena privativa della libertà venga sostituita la morte, sembra esser cosa piena di pericoli. Imperrocchè, se la penalità del delitto viene da un lato elevata per la recidiva, può essere dall'altro abbassata da circostanze mitiganti, non concorse nel primo delitto, per modo che il salire alla pena di morte divenga esorbitante. A ciò si aggiugne, che nell'infanticidio reiterato si presentano le medesime cause attenuanti, che inducono il legislatore a punire questo delitto meno dell'omicidio ordinario.

All'incontro in quei delitti, che sono molto frequenti, ed alla cui reiterazione gli uomini appariscono specialmente inchinati, si dovrebbero certamente stabilire per la recidiva disposizioni penali più severe. Ma il giudicare quali sieno i delitti, che appartengono a questa classe, è cosa da rilasciarsi all'esperienza dei singoli Stati. Nel regno di Wurttemberg si vorrebbero per esempio qualificare per delitti di questa maniera la frode, il furto, la falsità, le ingiurie gravi, la vagabondità, e certe specie di reati proprj dei pubblici ufficiali. Ma il prescrivere le particolari disposizioni, che negl'indicati delitti debbono per eccezione aggravare oltre l'ordinario la pena della recidiva, non può naturalmente dipendere che dall'esatta ponderazion delle cause, che governano l'adeguamento della pena in ciascheduno di essi.

Digitized by Google

VI.

SUL RISULTATO DI ALCUNE MODERNE INVESTIGAZIONI SOPRA L'IMPUTAZIONE DEGLI STATI DUBBIOSI DELL'ANIMO (OSSERVAZIONI DI *MITTERMAIER*, ESTRATTE DAL TOMO XVI. FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1835).

È una delle più importanti quistioni, che si possano presentare al legislatore ed al giudice, quella, in cui si domanda: sotto quali condizioni debba considerarsi soppressa l'imputazione a motivo di perturbazioni di spirito. Nel rispondere a questa ricerca, la quale rinvia il criminalista ai risultati delle investigazioni della medicina forense, non è lieve la difficoltà, che sorge dal contrasto delle più differenti opinioni fra gli psicologi e i medici, per modo che il giudice, cui vengono presentate sovente perizie contradittorie intorno all' imputabilità, si trova nel caso di dover decidere e del parere da preferirsi, e della imputazione. La biasimevol premura, occasionata dalla fierezza delle leggi penali di tempi andati, di sottrarre gl' incolpati al braccio della giustizia punitrice, ed una mal intesa umanità, allargarono soverchiamente il circolo di quegli stati, che doveano sopprimere l'imputazione. E certe teoriche, le quali non si possono intieramente assolvere dal rimprovero di materialismo, diedero al corpo tanta influenza sull' attività dello spirito, che, dovunque si presentava un' affezione morbosa, era facile ragionare d' imputazione soppressa. Così fu attri-

buita gran potenza alla gravidanza, all' epilepsia, alle malattie dello sviluppo. I fenomeni di quegli stati, in cui l' animo fatto schiavo d' imagini peccaminose lotta con le voci del dovere, o cova sordamente l' esecuzione d' un criminoso disegno, o selvaticamente contrasta alle voci ammonitrici della coscienza, si confusero coi segni di effettivi scompigli spirituali; nacquero false idee intorno all' umana libertà, ed alla forza della ragione, la quale si può opporre ancora alle più violente tentazioni; e sovente si cercò volentieri, per motivi nobilissimi, di discolpare i più gravi delitti mediante la potenza irresistibile degl' impulsi, e le perturbazioni intellettuali. Dall' altra parte si trasandò parimente in estremi. Si disconobbe affatto la mutua relazione del corpo e dell' animo, ed a questo si attribuì una potestà assoluta di rimuovere ogni impedimento, prodotto dalla materia, con la quale è in tutti gli uomini collegata l' attività dello spirito. Una massima, che non può andare assoluta dal rimprovero di misticismo, trovò dappertutto la disposizione a peccare, volle scorgere una colpa dell' uomo anche nelle affezioni morbose, diede una direzione erronea all' imputazione, esagerò la libertà, suppose onnipotente la legge, e condusse a credere falsamente, che dovesse ammettersi l'imputabilità, ognorachè nell'agente esistesse la coscienza, e che solamente le malattie dello spirito potessero considerarsi come motivi capaci di discolpare.

Noi ci vogliamo in questa memoria occupar solamente del risultato delle più moderne investigazioni sopra quegli stati morbosi, che si connettono col caso criminale, che qui ci proponiamo di comunicare, ed ai quali riferiamo l' insania parziale, la così detta insania occulta, il *furor transitorius*, e la *mania sine delirio*.

Digitized by Google

Rispetto alla prima forma si osservano qualche volta persone, che non ostante la piena sanità, almeno apparente, del loro spirito, sono predominate da una falsa idea. Taluno esempigrazia s'immagina d'avere i piedi di vetro; o di essere intimato dalla Divinità ad immolare i proprj figli, come una volta Abramo; o di avere un nimico possente, che lo perseguiti per ogni dove. Difficilmente si può affermare in generale, che ogni falsa supposizione basti a sopprimer l'imputazione. L'innamorato, che trova nella donna amata il tipo ideale della bellezza muliebre, mentre gli altri non sanno scorgervi che una donna ordinaria; il geloso, che si reputa dileggiato dalla sua bella, e sacrificato a un rivale; il malinconico, che stima appassiti per lui tutti i fiori della felicità; soffrono il predominio d'una falsa idea, e ciò non ostante sono imputabili. Per altro è cosa pericolosa il volere ammettere l'imputabilità per la ragione, che una sola idea morbosa dominò l'incolpato; perocchè se è difficile riconoscere l'associazion delle idee nelle persone sane, bisogna discendere assai più lentamente ad affermare, che l'idea fissa non ebbe alcuna connessione con l'atto delittuoso (1). Noi non conosciamo le suste, per cui con la rapidità del baleno, ed a tenore di leggi, che ignoriamo, una certa insania influisca sulle risoluzioni di persone, che sono signoreggiate da un'idea morbosa (2), per modo che quegli, che ci sembra soffrire d'una sola idea fissa, dove si consideri più attentamente si trova talora scompigliato in tutte quante le operazioni dell'animo. L'esperienza ci ammaestra anche qui, che spesso va unita all'insania la più sottile attività intellettuale, e che l'insano sceglie scaltramente i mezzi per

(1) Chambeyron nella traduzione della med. leg. di Hoffbauer p. 104.

(2) Georget sur la folie p. 11. 12.

arrivare al suo scopo, conserva la memoria delle cose, si distingue per ingegno (3), ed anche negli accessi della sua malattia nasconde prudentemente il suo stato agli altri, od apparentemente ha coscienza di esso, sembra operare ragionevolmente, e si costringe. Quando si rimanga fedeli al principio, che lo stato imputabile nei rispetti del diritto criminale è determinato dall'esistenza della coscienza (cioè della coscienza di sè medesimo, della coscienza del mondo esteriore, della coscienza dell'atto particolare e della sua indole, e della penalità del medesimo); il delitto, commesso da un individuo, affetto da insania parziale, potrà andar libero da imputazione solamente quando a) l'idea fissa avrà acquistato tanta potenza, da rendere impossibile al malato il sottrarsene, e da esercitare influenza sopra tutta la sua maniera di pensare e di operare (4); quando b) la commission del delitto stia contemporaneamente in una verisimile connessione con la supposizione predominante; e c) quando questa sia particolarmente adattata a far creder lecita al delinquente la sua azione (5). A tenore di questo principio, se quegli, che a ragion d'esempio crede di avere i serpi nel cervello, ruba; o quegli, che crede, che un impiegato lo perseguiti, e sia la causa unica della sua disgrazia, uccide il supposto avversario; non andranno liberi da pena. Imperocchè nel primo caso il furto non ha alcuna connessione con la qualità dell'insania, e nel secondo l'agente non si può credere autorizzato dalle

(3) Notevoli esempj sono riportati nel magazzino di Friedreich per la cognizion dello spirito fasc. X. p. 143.

(4) Feuerbach esposizione di casi criminali notevoli tom. II. p. 320

(5) Hoffbauer Psicologia p. 125. Hitzig Giornale di dir. crim. pruss. fasc. XXI. p. 140. fasc. XXII. p. 354.

leggi ad uccidere il proprio avversario, ancorchè quel-impiegato fosse tale. Se al contrario taluno è dominato dall' idea fissa di avere i piedi di vetro, ed uccide colui, che glieli vuol percuotere con un bastone, andrà impunito; perchè, se la sua supposizione fosse vera, potrebbe esercitare la necessaria difesa contro di quello, che gli vuol rompere i piedi. Cost rimarrà impunito colui, che si reputa incaricato da Dio a vendicare i peccati altrui, e che mette a morte il seduttore d'una donzella, perchè è persuaso di aver ricevuto quest' ordine dalla Divinità. Presupposta in fatti la verità di un tale incarico, egli poteva tenere per lecito il proprio fatto.

Se non che altri professano intorno all' insania una diversa opinione, a sostegno della quale militano esatte esperienze patologiche e psicologiche: quella voglio dire, che reputa, che ogni specie di follia abbia il suo fondamento in una malattia dello spirito (6). Accade veramente, che per dipendenza di condizioni corporee, o morali, esempigrazia a cagione d'un amore infelice, o d'un grande affanno, o di rimorsi di coscienza, nasca a poco a poco in colui, che in seguito riconosciamo insano, un' assoluta dissonanza intellettuale, in cui il malato si tormenta con torbide imagini, ingigantite dal suo esaltamento, sino a che finalmente la fantasia si fa prepotente, ed ora incomincia una confusione d'idee, che s'incalzano tumultuose come nel sogno, e si affacciano in tanto numero, che non si possono ridurre a determinate serie morbose, o tra di esse una sola acquista il predominio, ed occupa lo sciagurato per modo, che oramai non gli è dato più di sottrarsi alla sua tirannide. In quest' ultimo caso si presenta la follia parziale, che si manifesta sol-

(6) Heinroth Sistema di medicina psicologica p. 82. Weber Instituz. d'antropologia psicologica p. 501.

tanto nella direzione d'un'idea morbosa, senza che per altro sia permesso affermare, che sotto gli altri rispetti l'infelice sia sano. Qui lo psicologo dee badarsi dal credere di riconoscere esattamente lo stato interno del malato, supponendo, che il morbo consista nella sola fissazione esternata; avvegnachè in quel laboratorio, per noi impenetrabile, delle operazioni dello spirito umano ha forse preso piede uno sconvolgimento totale, che impedisce l'imputabilità, anche quando non possiamo ravvisare alcuna determinata connessione del delitto con la fissazione medesima. Se si analizza accuratamente la così detta insania occulta (7), la cui natura consiste in una malattia lungamente racchiusa nell'uomo, non osservata da altri, e che improvvisamente prorompe con un'azione violenta; non si perviene a farne chiara idea, se non si riporta ad una forma propria di malattia. Anche l'insania occulta ha indubitatamente radice su di altri stati conosciuti, nei quali non si può muover quistione d'imputabilità. Imperocchè od è una *mania sine delirio*, od un'alienazione mentale immatura, non per anco sviluppata pienamente (8), nella quale la fissazione non ha ancora gettato ferme radici, nè occupato tutta quanta la vita dell'anima; o dipende da una dimestichezza (9) a poco a poco acquistata col criminoso disegno, nella quale la lotta con le idee morali sconsigliatrici genera una dissensione spirituale, in cui l'esaltata fantasia, tutta piena d'imagini delittuose, irrita il delinquente con la illusione de'sensi (10) sino al punto che la passione salita al massimo grado si sfoga alla fine col delitto improvvisamente commesso. Qui

(7) V. Platner *de amentia occulta*, e Burkard *de insania occulta*.

(8) Heinroth Sistema ec. §. 64. Weber Antropologia p. 500.

(9) V. la mia *dissert. de alienationibus mentis* p. 45.

(10) Egli crede, per esempio, di udir delle voci.

non v'è ragione di non considerare imputabile il delinquente; perchè quei fenomeni, che si riguardano come segni di alienazione mentale, sono frequentemente le prove della lotta, e della riflessione interiore (11). All'incontro dalle indagini instituite sull'insania occulta risulta una verità importante pel criminalista: che cioè può esistere per lungo tempo una follia parziale in un individuo, nel quale coloro, che l'osservano, non scorgono alcuna traccia di alienazione mentale, anzi gli altri fenomeni della sanità dello spirito, esempigrazia memoria, e retto giudizio di condotta, mentre la fissazione morbosa, che il malato nasconde a bello studio agli altri, acquista ognidì maggior dominio nell'animo suo, e lo addestra a preparare scaltramente i mezzi di arrivare allo scopo con essa congiunto, quando alla fine, occupata tutta la vita dell'anima, e fatta muta la voce della ragione, si manifesta col delitto in una potenza terribile (12). In questo caso il giudice può essere facilmente ingiusto, se dà troppa fede alle testimonianze delle persone, che conoscevano il delinquente prima del fatto, e che dichiarano di non avere osservato in lui alcun segno di confusione di spirito. Lo stato descritto di sopra si può specialmente presentare nelle persone, le quali o credono di avere delle inspirazioni, o degli ordini da Dio, di dover, per esempio, immolare i proprj figli, per dar prova di somma sudditanza, o che sono tormentate da imagini melanconiche (13), la cui forza è accresciuta dai rimorsi

(11) In questo rispetto si trovano importanti investigazioni anche nello scritto di Klarus sull'imputabilità dell'omicida Woyzeck, Lipsia 1824 p. 43-49.

(12) Buone osservazioni si trovano in Friedreich Instit. sistem. di psicologia giuridica, Lipsia 1835 p. 582-594.

(13) Sull'influenza della melancolia sull'imputazione V. Bernt Instit. di med. for. p. 169, la mia *dissert. de alienation. ment.* p. 32, Weber Antropologia p. 512.

Digitized by Google

di commessi peccati. Questo malato, o perchè la sua fissazione lo mette in connessione immediata con la Divinità, e crede, che gli altri uomini non sieno degni di conoscere le sue inspirazioni, o perchè si vergogna de' suoi rimorsi, e per via del suo turbamento non si vuol esporre al dileggio altrui, cautamente nasconderà nel proprio interno la fissazione morbosa: la quale acquista ognidì nuovo nutrimento, e si estende per modo, che il malato vien ridotto all' impotenza di liberarsene.

Nè sono meno importanti pel giudice criminale l'esperienze dell' esistenza di un *furor transitorius*, in virtù del quale o in individui (14), che soffrono di una qualche perturbazione di spirito, e specialmente di una follia parziale, scoppia repentinamente un accesso di mania, od in persone, in cui per lo innanzi non fu mai osservato alcun segno di alienazione mentale, entra inaspettatamente un delirio di breve durata, che non è seguitato, o solamente molto tempo dopo, da altri simili accessi. Le osservazioni de' medici attestano l' esistenza di un simile stato (15). Una malattia corporea, la cui forza diventa improvvisamente così prepotente, da spignere ad azioni violente, e da fare ammutolire la voce della ragione, spiega molto bene i fenomeni avvertiti di sopra.

Se non che merita soprattutto l' attenzione del legislatore e del giudice quello stato, che fu modernamente appellato *mania sine delirio*, i cui particolari consistono in questo: che la malattia prende carattere da un accesso violento, che genera il delitto, senza che per lo innanzi si palesassero segni di scompiglio di spirito,

(14) Friedreich l. c. p. 592.

(15) V. alcuni esempj notevoli nell'archivio d'esperienza medica di Horn, 1847 fasc. 1. p. 73: nel giornale di dir. crim. pruss. di Hitzig tom. II, p. 150: nei trattati di med. for. di Henke V. p. 161

e senza che si mostrino, neppur nel momento dell' accesso, vestigie di coscienza soppressa, tantochè il malato sembra anzi pienamente consapevole del proprio stato. Non si può negare, che l'ammettere una tal malattia richiede una prudenza eminente, e che può esporre a gravi pericoli la pubblica sicurezza. Imperocchè persone, che nella loro vita precedente non hanno offerto alcun segno di scompiglio intellettuale, e che commisero il delitto in maniera, da provare che n' ebbero coscienza, e che riconobbero la sua ingiustizia, possono coprire troppo facilmente il loro dolo sotto il manto di una *mania sine delirio*, ingannare il giudice, e beffarsi della legge. Non è da dissimulare, che molti casi, i quali si proposero come prove di una *mania sine delirio*, si possono risolvere in altri stati, senza la necessità di ammettere una forma speciale di alienazione mentale sotto un tal nome. Questa supposta forma di malattia ha radice o 1) in una mania intermittente, che ritorna a periodi, o 2) in quello stato, che suol chiamarsi *excandescentia furibonda*, o 3) in una follia parziale, o 4) in un *furor transitorius* (16). Nè si dee rivocare in dubbio, che a questo capo (specialmente in Francia, sotto il nome di *monomanie homicide*) si riferiron dei casi, in cui il delinquente, che si trovava in uno stato di mostruosa rozzezza, e di morale selvatichezza, commise per motivi insignificanti i più brutali delitti, ai quali fu determinato per via di lievissimo stimolo dalla sua bestiale natura. Alla qual cosa tanto più si vuole assentire, in quanto che anche in Francia si levarono già delle voci contro di quella monomania (17),

(16) V. specialmente Henke nei trattati di med for. V. p. 233.

(17) Regnault du degré de competence des medecins dans les questions judiciaires. Paris 1828. p. 19-107. Rossi Traité de droit pénal II. p. 172. Foderé Essai sur les diverses espéces de folie vraie, simulée et raisonnée. Strassbourg 1832 p. 92, 165, 289.

e proclamarono, che non di rado la mostruosità del delitto somministrò pretesti a scusare gravissimi delinquenti, ed a protegger persone estremamente immorali per propria colpa, in tutto simiglianti a colui, che abbandonatosi al godimento smoderato del vino seguita a bere, ancorchè sappia di distrugger così quel poco di salute, che gli rimane. La irresistibilità delle passioni è colpevole in questo caso, in cui il giacente nelle catene del peccato ha perduto ogni signoria sopra di sè medesimo: e non è il più delle volte che relativa, in quanto che in questo individuo, già caduto in tanto fondo, diventa prepotente uno stimolo, che per qualunque altro sarebbe leggiero (18). Ma esaminerebbe la quistione da un sol lato colui, che indotto dalle riferite ragioni volesse affatto negare l'esistenza di quello stato, al quale abbiamo dato di sopra il nome di *mania sine delirio*. Le più sicure osservazioni insegnano, che si danno de'casi, in cui taluno, dopo aver vissuto in lunga lotta seco stesso, senza esser governato da alcuna fissazione, e dopo aver contrastato alle moltiplici tentazioni di un atto, del quale riconosceva l'ingiustizia, si trova ad un tratto irresistibilmente trasportato a commettere la violenza, che constituisce il delitto. Oltre agli esempj riferiti da Pinel, abbiamo quelli attestati da Esquirol (19), e da Georget (20), gli altri inseriti nei Giornali d'Hitzig (21) e di Henke (22), ed un caso recentemente avvenuto in Francia (23), che fanno fede indubitata di uno stato, in cui

(18) Henke nel giornale di dir. crim. pruss. di Hitzig fasc. 10. p. 412. Jarke nel detto giornale fasc. 30. p. 375.

(19) Note sur la monomanie homicide, Paris 1827.

(20) Sur la folie p. 15.

(21) Fasc. 5. p. 60.

(22) Giornale di med. pub. 1827. fasc. 3. p. 134. 165. 170.

(23) Il caso della donna Desroches nella *gazette des tribunaux*, 1832. num. 2209.

l' agente, senza alcuna idea fissa, nè parziale alienazione, fu spinto al delitto, sebbene non si potesse ammettere nemmeno un *furor transitorius*; in quanto che ancora nel momento medesimo dell' azione esisteva nell' agente la coscienza, che manca nella mania propriamente detta. Tutto il momento della quistione dipende dallo stabilire, se certe funzioni dell' anima possano soggiacere ad una morbosa affezione, mentre le altre si conservano in una normale attività. E di ciò non è permesso dubitare (24), quando si consideri, che, sebbene rispetto all' intiero procedimento della vita tutte le potenze dell' anima si ritrovino in una interna connessione organica, pure ciascheduna di esse insiste nelle sue particolari funzioni, e può ricevere una limitazione nella sua direzione normale. Noi osserviamo in noi stessi una serie di fenomeni, che senza nascere dalla nostra elezione, ed essendo quasi meccanici, determinano la nostra volontà, e generano una confusione, in cui siamo in vero consapevoli delle nostre azioni, e ciò non ostante operiamo altrimenti da quel che vorremmo: come accade quando ci sorprende la vergogna o la paura (25). Noi osserviamo ancora delle malattie, che ci determinano ad una attività contro nostra elezione, mentre abbiamo coscienza della nostra azione, e sentiamo orrore di quello, che facciamo nostro malgrado: come accade nell' infelice assalito dall' idrofobia (26). Fu un grande abbaglio, che spesso fece errare i giuristi, quello di credere, che quando esista la libertà del giudizio, e l' agente abbia coscienza di ciò che fa, e della legge, si debba sempre ammettere la piena imputabilità. Così non si considerò, che può essere giustamente impu-

(24) Friedreich l. c. p. 542.
(25) Groos Dottrina della *mania sine delirio*, Heidelberg 1830.
(26) Friedreich l. c, p. 615.

tato quel solo agente 1) che ha la coscienza, e da cui 2) dipende l'operare in questo modo, o altrimenti. Noi non imputiamo colui, che firmò uno scritto delittuoso, perchè un altro con la pistola alla mano gli minacciò la morte, se non firmava; avvegnachè secondo quello, che un legislatore ragionevole può pretender dall' uomo, riconosciamo un impulso esterno irresistibile in sì fatta minaccia. Ora dobbiamo esser conseguenti, e non imputare nemmeno, quando si possa dimostrare, che un impulso interno irresistibile determinasse l' agente a far qualche cosa, che egli non avrebbe mai eletta, se quell'impulso non lo avesse soggiogato.

Si è sovente disputato, se la *mania sine delirio* debba considerarsi come una malattia della volontà. Al che si può replicare negativamente, quando si parta dall'idea, che la facultà appetitiva non sia malata, e che l' ammalato non voglia l' azione per sè medesima (27). Può farsi certamente parola anche di malattie della volontà: ma nello stato, che noi esaminiamo, non esiste alcuno scompiglio di spirito, ed il morbo sta piuttosto nel trovarsi urtata la volontà da uno stimolo irresistibile (28). Se si concede, e ciò non può esser negato, che si dia una *mania parturientium* (29), per la quale possa liberarsi da imputazione l' impulso d'incendiare (30); bisogna ancora concedere, che in simil guisa certi stati morbosi del

(27) Groos l. c. p. 74.

(28) V. la mia *dissert. de alienation. mentis.* p. 30. Friedreich negli annali di med. pub. di Hecker 1834. p. 55. instituz. sistem. p. 537. Chelius *Progr. de alienat. volunt. quat. ad med. for. spectant* Heidelb. 1834.

(29) Friedreich Instit. sistem. p. 694. conf. con Froriep Notizie natur. e med. 1834 num. 868.

(30) Henke Tratt. di med. for. tom. III. p. 187. Pareri di Platner p. 197. Merkel Contrib. alla psicologia giudic. fasc. 2 p. 53.

Digitized by Google

corpo possano determinare la volontà ad azioni violente, che non procedono da una libera elezione, e che fanno anzi orrore all' agente medesimo. Nè si può opporre, che persone di questa specie resisterono per lo innanzi a simili tentazioni, ed avrebbero ad esse potuto resistere anche quando commisero il delitto; perocchè le resistenze anteriori provano solamente, che lo stimolo non era pervenuto ancora a quell' altissimo grado, che si verificò, quando il malato fu spinto effettivamente al delitto. A torto si affermò ancora, che questa *mania sine delirio* sia un ritrovato nuovo; perchè anzi la storia della medicina ammaestra (31), che da molto tempo, tuttochè meno chiaramente, i medici riconobbero l' esistenza di un simile stato. Il vero punto di vista della nostra quistione si ferma solamente, quando si parta dall' idea, che una morbosa affezione corporea possa generare quelle irresistibili bramosie, che producono il delitto (32). È certo, che nel momento, in cui la bramosia è morbosamente salita al grado supremo, la coscienza dell' ammalato è turbata, in guisa che egli si sente trasportato all' atto violento, senza scorgerne chiaramente la connessione: ma non per questo si può dire, che sia alienato di mente; perocchè prima del successo il combattimento dell'anima, che si ritrae inorridita dal fatto, è collegato con la coscienza, e l' analisi dei casi, in cui furon commessi delitti in simile stato, dimostra, che l' agente, ponderando, come fa, i mezzi e lo scopo, si conserva pur sempre consapevole della propria azione (33). Oltre agli

(31) Conradi *de mania sine delirio*, Goett. 1827.

(32) Groos l. c. p. 80. Chelius l. c. p. 12.

(33) Si esamini il caso (riportato nel giornale di Henke 1827. fasc. 3. p. 134.) in cui un certo Lorenzo in Kopenhagen diede un assalto micidiale alla propria serva, e nel tempo del medesimo sentì suonare il campanello alla porta di casa, e ritornò alle sue occupazioni.

autori citati sinora (34), difendono l' esistenza della *mania sine delirio* anche molte gravi autorità di giuristi e di medici (35).

Il timore poi, che l' ammettere questa *mania sine delirio* possa compromettere la pubblica sicurezza, e favorire l' impunità, si dissipa, quando s' intendan bene le condizioni, sotto le quali un tale stato libera dall' imputazione. Occorre in fatti 1) che sia dimostrata l'esistenza d' una malattia corporea, la quale generasse quel cieco impulso, che trasporta all' atto violento. L'esatta investigazione dello stato corporeo dell' accusato, che si scusa mediante l' impulso irresistibile, dimostrerà nei casi, in cui quello stato sia veramente fondato, che la malattia si sviluppò a poco a poco. 2) Bisogna, che da tutti i sintomi risulti verisimile, che la malattia giugnesse a quel grado, in cui l' impulso operasse irresistibilmente sopra il malato. 3) Fa d' uopo, che non si presenti vestigio, onde sia dato desumere, che un motivo di propria utilità spignesse l'agente al delitto; perchè il carattere della malattia è appunto quello di trasportar ciecamente l' agente (36). Se quindi il malato commise il fatto su di una persona estranea, contro la quale non poteva nutrire sentimenti di odio, o contro persone, da lui grandemente amate, dee credersi all' efficacia della *mania sine delirio*.

(34) Si trovano raccolti in una memoria di Friedreich inserita negli annali di Hecker a. 1834. p. 1. e segg. V. ancora Friedreich Instit. sistem. p. 499. Chellus l. c. Weber Antropologia p. 482.

(35) *Revue germ.* août 1830. p. 331. Carmignani Leggi della sic. soc. tom. II, p. 188. Froriep. Not. di med. a. 1827. Genn. num. 12.

(36) Si trovano buone osservazioni in questo proposito nell' archivio psicologico di Friedreich a. 1834. fasc. 1. p. 39. V. anche Amelung nel giorn. di med. leg. di Henke a. 1827. fasc. 1. p. 74.

La quale all'incontro diviene inverisimile, quando la invochino agenti, che commisero il delitto su di persone, verso le quali avevano già concepito odio, o dalla cui morte ritraevano vantaggio (37).

Ciò premesso, riferirò un caso criminale notevole, e tenterò di applicare al medesimo i principj dell'imputazione.

L'otto di maggio del 1831 si presentò al tribunal di Bremgarten, nel canton d'Argovia in Svizzera, Jscopo Leonardo Koller di Rudolfstetten, di anni 32, campagnuolo, ammogliato, padre di cinque figli, e dichiarò di avere ucciso i due suoi figli minori, uno di mesi 18 e l'altro di 3. Disse che da tre mesi a quella parte era mal sano, avvegnachè spesso credeva, che gli scoppiasse il cervello. Aggiunse, che quella stessa mattina gli altri di casa erano andati in Chiesa, che i suoi cinque figli erano rimasti in camera, e che ciascuno de' più piccoli giaceva in una zana separata: che egli avea tagliato col rasojo la gola ad ambedue i suoi bambini, e che, riposto il rasojo nel luogo consueto, era venuto precipitosamente al tribunale: che da tre mesi lo tormentava il pensiero di uccidere i suoi figli, perchè non fossero disgraziati, come lui: che per diverse domeniche aveva cercato l'occasione di commettere il fatto, e che nel giorno precedente questa idea si era in lui fermamente radicata: che aveva per lo innanzi comunicato ad un prete, di avere questo cattivo pensiero. Disse, che era vissuto in dissensione co' suoi genitori, che la sua moglie stava poco d'accordo con lui, perchè egli dissipava gli averi, e che tutti gli affari da esso intrapresi gli erano riusciti male: che nel corso della vita non aveva cominciato cosa, che

(37) V. la mia *dissert. de alienation. ment.* p. 42. ed Heffter Elem. di dir. crim. p. 73. 74.

non avesse avuto cattivo fine. Confessò di aver presi in prestito tre anni fa cinquanta fiorini dall'abate di Muri, e quattro o cinque anni avanti altri centocinquanta fiorini, e di aver rilasciato un' obbligazione falsa in nome di suo padre, e di un certo Huster: che lo aveva detto ad ambedue le persone, e denunziato all'abate, il quale gli dichiarò, che sarebbe andato in galera: che da quel momento era vissuto in una inquietezza ed in un'angoscia continua: che si era esibito di scontare il suo debito, lavorando al convento, ma che per causa di calunnie non aveva ottenuto lavoro. Il protocollo degli atteggiamenti nota, che Koller mostrò da principio confusione di sensi, ed oppressione di spirito vicina al deliquio, fintantochè non si riebbe a forza d'aceto e d'acqua: ma che alla fine dell'esame l'incolpato dichiarò, che si sentiva bene di nuovo. — Nel secondo esame, che ebbe luogo il 13 di maggio, Koller narrò, che nove anni prima, quando era ancor celibe, si era macchiato in Aarau di un fatto vergognoso, e che di diciott'anni era stato indotto a lascivia nefanda: che un prete, a cui se ne confessò, gli avea dichiarato, che, se l'autorità lo scoprisse, gliene anderebbe la vita: che si era denunziato da sè medesimo all'autorità, la quale lo fece trasportare a casa. Rispetto all'omicidio raccontò, che egli aveva avuto anche prima il disegno di uccidere i figli, e che nel giorno del fatto aveva portato il bambino più piccolo con la zana, in cui giaceva, nella stanza di dietro, e guardato intorno intorno, se v'era persona presente: che il bambino minore, quando ebbe tagliata la gola, dormiva, e che l'altro era sveglio: che dopo il fatto egli avea ripulito il rasojo, e coperto con un grembiale il bambino maggiore, collocato presso la porta, affinchè le persone, che entrassero, non ne rimanessero spaventate: che allora avea stretto la mano ai tre figliuoli rimasti

vivi, gli aveva esortati ad obbedire alla mamma, e data loro l'acqua santa. Espose di essere stato minacciato da certi suoi creditori; che per via de' falsi documenti aveva paura di andare in galera; che ripensando alla propria vita peccaminosa gli era nato il timore, che ancora i suoi figli potessero divenire sodomiti ed essere sciagurati, e che per loro e per lui sarebbe meglio morire. Ripetè, che ogni cosa gli era andata a rovescio. Espose, che il pensiero di quella uccisione gli si era svegliato in mente di tempo in tempo, e principalmente lo aveva occupato di notte, quando non poteva dormire, il che da tre mesi in qua gli era accaduto il più delle volte: che la risoluzione di eseguire il fatto l'avea definitivamente fermata nella notte precedente: che era venuto a denunziarsi all'autorità per subire la pena, e non esser più un disgraziato. Parlò di nuovo de' suoi atti di bestialità, della sua falsità in documenti, e confessò di non essersi comportato bene verso i suoi concittadini, attribuendo ciò al proprio carattere capriccioso, irascibile, intrattabile. — Nel terzo esame, a cui fu sottoposto il 3 di Giugno, confermò le sue precedenti confessioni, ed aggiunse che nel 1826 aveva rubato una pezza di panno dall'imbiancatura: che aveva avuto lungamente il pensiero di uccidersi, ma che poi lo aveva abbandonato per non perdere l'anima: che amava i suoi figli, ma che riputava, che essi avrebbero gridato vendetta, se fossero stati lasciati al mondo così poveri: che poche settimane fa era passato un diverbio fra lui e sua moglie, la quale gli aveva detto, che se i figli dovevano somigliare al genitore, sarebbe stato meglio strangolarli: che questa espressione gli era scesa profondamente nell'animo: che nel venir via da casa aveva pensato, che sarebbe punito di tutte le scelleratezze commesse. Dal protocollo degli atteggiamenti non si rileva alcuna traccia di malattia

mentale. — Il quarto esame contiene la conferma delle confessioni anteriori intorno al furto ed alla falsità. — Nel quinto esame, tenuto il 31 d'Ottobre, Koller dichiarò, che la causa dell'omicidio era stata il timore della galera: che il suo disordine economico, i suoi rimorsi di coscienza per motivo della sodomia, e il tristo pensiero dell'avvenire dei figli lo avevano indotto ad abbandonare la vita, e che avea risoluto di far qualche cosa per levarsi dal mondo: che aveva pensato, che il sangue da lui versato si sarebbe dovuto scontare col suo sangue. Confessò ancora di avere nell'ubriachezza percosso due volte, e gravemente, suo padre, da cui per vero dire si trovava maltrattato. — Nel sesto esame, che ebbe luogo a sua richiesta il 28 Marzo 1832, l'inquisito dichiarò, che anelava di espiare il suo delitto. Narrò, che nel 1817 il boja aveva esaminato le mani a lui inquisito, allora fanciullo, e detto: « questo ragazzo fabbricherà scritture false, con le quali ingannerà dei gran signori, ed arriverà fino al punto di uccidere i proprj figli »: che questa predizione gli era tornata in mente più tardi, ma che non vi aveva pensato nel momento che tagliava la gola a' suoi bambini: che la galera sembrava a lui un luogo orribile, a cui preferirebbe la morte: che il suo difensore gli aveva insinuato di dire, che era pazzo; ma che egli non era pazzo per niente, perchè un pazzo non avrebbe potuto rispondere come lui. Dichiarò di aver sentito un pentimento straordinario del suo delitto, e che, se lo potesse riparare, non indugierebbe: che egli non aveva letto libri da molti anni: che aveva spesso tenuto davanti agli occhi il nuovo testamento senza leggerlo: che gran tempo fa aveva letto nel nuovo testamento e nella imitazione di Cristo: che era stato sempre tribolato dal dolor di capo, ma ora non più così fortemente come prima. Poichè ebbe udito la sua difesa, provò grande

affanno, e disse: « io non so comprendere, perchè il tribunale ordini una nuova inquisizione: ancorchè io non stessi bene di capo, contro di che protesto solennemente; sebbene il fatto non fosse certamente da uomo di giudizio, non mi si dee per questo assolvere ». Rispetto allo stato del suo animo nella notte, che precedè il fatto, manifestò, che aveva provato delle angoscie, che si era coricato melanconicamente, ma che aveva preso qualche momento di riposo: anzi che era stato meglio che nelle notti precedenti. « Io non fui risoluto (soggiunse) di commettere il fatto, fintantochè non mi vidi solo: allora solamente la mia risoluzione fu stabile: o non avrei, come ho detto, commesso il fatto, se non fosse stata quella fatale obbligazione ».

Nel settimo esame (il 29 di Marzo) l'inquisito dichiarò, che aveva posto mano al fatto, disperando di trovar modo, che lo potesse salvare dalla galera: che un momento prima del fatto gli era tornata in mente la sua vita sodomitica: che pensò, che i bambini somiglierebbero il padre, le bambine piuttosto la madre: che i ragazzi diverrebbero peccatori come lui: e che perciò volle estirpare la sua linea mascolina. « Io credei (proseguì), che le bimbe potessero aiutar la madre, ma che i ragazzi, come troppo piccoli, le sarebbero stati d'aggravio. Mi ripassò per la mente il rimprovero della mia moglie, che sarebbe stato meglio strangolare i bambini, se avessero dovuto imitare il padre. Ma tutto questo non mi avrebbe spinto fino all' omicidio, se non vi si fosse aggiunto il timore della galera. Io sono stato premuroso di dare a' miei figli una sollecita morte. Dichiaro per altro, che non sono pazzo. Pazzo sì che sono nel senso di avere offeso Dio; perchè chiunque fa questo è un pazzo. Ho meritato col mio misfatto la morte, e mi vi preparo con le orazioni ». L'inquisito raccontò ancora, che aveva uc-

ciso i bambini, dopo averli baciati in fronte, dopo averli aspersi con l'acqua santa, e detto: « Iddio consoli le vostre povere anime »: che quella confusione di sensi, da lui mostrata nel suo primo esame, quando fu soccorso con l'aceto e con l'acqua, era stata una simulazione, un effetto della sua cattività: che quelli, che lo tenevano per un pazzo, erano più pazzi di lui.

Nell'ottavo esame (17 Aprile) riparlò della predizione fattagli dal boja, ripetè, che il suo difensore lo avea consigliato a darsi per pazzo, e che il deliquio del primo esame era stato simulato. Aggiunse, che per questo motivo aveva dato al giudice instruttore delle risposte stravolte, e che aveva sentito bene quando questi disse sotto voce allo scrivano: « mi pare, che quest'uomo sia poco in cervello ».

Nel decimo esame (12 Maggio 1832) annunziò, che nell'ultima settimana era stato sempre spaventato, credendo, che qualcheduno facesse attenzione alla sua falsità di firme.

Dalle deposizioni de' testimoni uditi risultò ciò che segue. La moglie dell'incolpato, in età di anni 31, disse, che nella mattina del fatto non aveva notato alcuna inquietezza nel suo marito, che la notte era stato tranquillo, e che levatosi dal letto aveva mangiato, com'era solito: che il suo marito amava molto i figli, e che, per quanto ella credeva, gli aveva uccisi per amore: che molto sovente, quando avevano qualche cosa da mangiare, diceva loro: « mangiatene voi, io non ne sono degno, io mi voglio gettare in terra, battetemi »: che quando ella ritornò a casa la mattina del fatto, i figliuoli sopravviventi le aveano narrato, che il babbo nell'andar via aveva dato loro l'acqua santa: che ella viveva bene con suo marito da otto anni: che bensì per lo innanzi lo aveva spesso rimproverato a cagione della sua vita

poco curante del buon andamento della casa, e che nell'ultima primavera egli le replicò, che aveva ragione di rampognarlo. La donna non si seppe ricordare di aver detto un giorno al marito, che sarebbe meglio strangolare i figliuoli, tuttochè non escludesse la possibilità, che le fosse sfuggita di bocca in un momento di sdegno questa espressione. Essa depose, che durante la primavera il suo marito era stato molto abbattuto - che spesso nella notte aveva fatto orazione - che era divenuto misantropo - che si era lamentato di dolor di capo - che sovente si era coricato di giorno sul letto, e che gli era ripassato per la mente tutto quello, che aveva fatto nel corso della sua vita - che le aveva detto: « tu mi fai compassione, tu sei una povera donna »: che ella aveva trovato talora tutto molle di lagrime il guanciale del marito.

La cognata dell' incolpato non aveva notato in lui nulla di sorprendente prima del fatto. Disse, che il suo carattere era stato sempre bizzarro e ruvido, e che essa lo aveva costantemente sfuggito.

Il padre dell' inquisito depose, che il suo figliuolo dopo il settimo anno era stato sano, che nella prima gioventù si era fatto indocile, e che più tardi, nello stato di ubriachezza, si era mostrato cattivo e dedito agli alterchi: che per via della sua prodigalità non aveva mai dato retta a'suggerimenti de'genitori: che più settimane prima del fatto l' inquisito piangeva spesso ed amaramente, e che, interrogato della cagione, rispondeva, che oramai non v'era per lui più rimedio: che in quest'intervallo il figlio era stato diligente e massaio, e che spesso era andato via dal lavoro per recarsi in camera a pregare. Il padre non aveva alcuna notizia dell' obbligazione.

L' abate di Muri confermò quanto era stato deposto dall' inquisito rispetto all' obbligazione, ma non si ricordò di avergli minacciato la galera.

La madre dell'inquisito espose, che il suo figliuolo nella primavera del 1831 si era sovente lagnato di dolor di capo; che le aveva palesato la storia dell'obbligazione con l'abate di Muri; che gli erano andati a vuoto tutti i tentativi fatti per liberarsene; e che era molto tristo per paura della galera.

Interrogato il difensore dell'inquisito (Maurer) convenne di aver consigliato a Koller di darsi per pazzo.

I testimoni Süsli e Wiederkehr, nominati dall'inquisito come quelli, in cui presenza gli era stata fatta dal boia la predizione, non si ricordarono di aver udito nulla di simile.

L'attestato del consiglio comunale di Rudolfstetten descrive l'inquisito come un uomo capriccioso, irascibile, di carattere intrattabile: dice, che era stato fino agli ultimi tempi un dissipatore, e non si era portato da buon figliuolo verso i suoi genitori.

Il parere del medico di circondario dichiarò, che l'inquisito era affetto da un'*amentia occulta*, e lo ritenne per non imputabile. Il parere fondato sull'osservazione di due membri del consiglio di sanità di Aarau, a ciò deputati, descrisse l'inquisito come sano di corpo: che per altro egli soffriva di dolori al capo, e che in lui era frequente l'insonnio: che la coscienza de' suoi peccati, e la paura della pena, e della perdita dell'onor civile, avevano attaccato a poco a poco la sua salute corporale: che l'idea, che i suoi figli sarebbero disgraziati, e che una maledizione pesava sopra la sua discendenza mascolina, aveva stabilito in lui una fissazione: che nel momento del fatto egli non poteva considerarsi assolutamente mancante di libertà, perchè altrimenti non avrebbe potuto riconoscere le conseguenze del medesimo, nè la sua morale importanza: che d'altra parte egli non si potea nemmeno considerare intieramente libero: che per la cooperazione di tutte le

dette circostanze era nato in lui un tedio della vita, che turbava le sue idee, e lo portava ad erronee conseguenze, tostochè toccava il suo essere e le sue relazioni co'figli: che l'inquisito pativa di una fissazione parziale, e che la ragione era in esso preoccupata, in quanto che si trovava confusa da false idee, ed operava in una sola direzione.

La sentenza del tribunale di circondario, pronunziata il 12 Maggio 1832 con la scissura di un giudice, che voleva assolvere l'incolpato come privo di libertà, condannò a morte l'inquisito, ritenendolo colpevole d'omicidio premeditato a danno de' proprj figli. La sentenza del tribunal superiore, residente in Aarau, pronunziata il 4 Giugno successivo, dichiarò all'incontro non imputabile l'inquisito, e lo assolvè da ogni pena.

Se si considera bene il caso criminale finquì raccontato, si vede, che esso presenta nell'accusato la forma d'un uomo moralmente discorde seco stesso, caduto nella servitù della colpa, fatto sordo alle voci de' più nobili sentimenti, avvilito dalle sue dissolutezze fino alle bestie, disamorato della verità dalla sua propensione alle menzogne e alle frodi. La prodigalità lo avviluppò in imbarazzi, per uscir dai quali si trovò spinto al delitto. Per altro la voce della ragione e della coscienza non taceva affatto nell'anima sua. Una combinazione di circostanze, di cui non ci vien dal processo descritta sufficientemente l'importanza, pare che lo traesse fuori da quel fondo di degradazione morale: il sentimento della propria ingiustizia rimase vivo in lui, e generò quello stato di dissonanza, nel quale germogliarono a poco a poco i delittuosi pensieri. Si palesò all'incolpato il bivio della vita. Da un lato gli stava aperta davanti la via di riparare a'suoi torti con un vigoroso pentimento, e di farlo noto agli altri con una esemplare condotta, confidando nei soccorsi celesti, sottoponendosi a tutto quello, che gli

sarebbe mandato da Dio, e sopportando con rassegnazione ogni patimento: ma egli mancava di forza morale per correre questo sentiero. Da un altro lato gli stava di rimpetto spalancata la strada della disperazione, per la quale si gettò l'infelice, che tutto riputava perduto, che non riponea più sua fiducia in Dio, e che non aveva il coraggio morale di levarsi a sublimi pensieri, e di eleggere la rettitudine. In questa disperazione l'intelletto si oscurò, ed una confusione d'idee e d'imagini s'impadronì dell'anima di questo sciagurato. Egli non riconobbe più il mondo esteriore nella naturale sua forma. Una morbosa fantasia, le cui creazioni sogliono sempre ingrandirsi dal disperato, riempiè di false rappresentazioni quell'anima. Il suo stato è precipuamente contraddistinto 1) dai gravi rimorsi delle commesse ingiustizie. La colpa apparisce in una forma spaventevole, e martirizza l'infelice. 2) A questa idea si associa il timor della pena, morbosamente ingrandito dal colpevole, e 3) l'angoscia del futuro, la credenza di non avere scampo, dipinge tutto ciò, che circonda il disgraziato, di tali colori, che egli non vede più la via di salvamento, che gli sta dappresso, e s'imagina inevitabile ed orribile ogni più lieve pericolo. Il contrappeso delle forze spirituali è distrutto: la fantasia, non più regolata, travolgendo il vegliante in una vita di sogni, acquista il predominio. False rappresentazioni, imagini morbose imperversarono allora nello spirito dell'infelice. Quindi credè, che i suoi bambini, i quali avrebbero dovuto continuar la sua razza, sarebbero condannati al peccato, e sciagurati come il padre. In questa falsa supposizione, che diventò così forte e dominante, da determinare tutto il modo di pensare e di operare di Koller, si formò un'altra fissazione, quella cioè, che solamente la morte potesse salvare i bambini. E questa fissazione fu nutrita in parte dai patimenti corporei, principalmente dalle congestioni del sangue, e dai conse-

guenti dolori di testa; in parte dalla memoria di predizioni, che predestinavano l' infelice a commettere il delitto; in parte dall' espressioni della moglie, la quale in un momento di corruccio esclamò, che se i figliuoli dovessero divenire cattivi come il padre, sarebbe per loro una fortuna l' esser levati dal mondo. L' animo preoccupato da un' idea è facilmente nutrito nel proprio senso dalle manifestazioni dei terzi: e ciò, che non farebbe la menoma impressione al sano, commuove mirabilmente l' individuo morbosamente disposto. La ragione dell' incolpato perde a poco a poco la sua potenza, le idee sconsigliatrici rimangono in lui destitute di forza: la fissazione, che lo signoreggia, ingrandisce le imagini della sciagura, esslta l' angoscia dell' anima, distrugge la possibilità di pigliare un' altra via di salvezza, e finalmente s' impadronisce dell' infelice fino al segno, che tutta la sua maniera di pensare e di operare è determinata dal credere, che i bambini, su' quali si aggrava la maledizione, non abbiano altro scampo che la morte, e che per lui non resti, che l' espiazion della pena, alla quale dovrà soggiacere. Questa fissazione fu ancora capace d'illudere l' infelice fino al punto di fargli tenere per lecita la sua azione. Egli vide nell' uccisione dei figli un mezzo moralmente permesso di salvar loro dalla malvagità, e sè stesso dalla disperazione. La pena mondana, che sovrasta all' autore dell' omicidio premeditato, non è un male per lui, che la desidera. Lo stato del suo spirito è quello di una follia parziale, dipendente da una fissazione morbosa, la quale determina il suo modo di operare, e glielo rappresenta siccome lecito. A questa asserzione non fa ostacolo la circostanza, che l' incolpato lungamente lottasse seco stesso, il che sembra indicare la cognizione del torto; perocchè questa lotta si presenta, fintantochè la fissazione non è salita al massimo grado di signoria, e non ha gettato nell' anima tali radici, che niuna voce

di ragione la possa divellere. Eziandio il vedere, che l'incolpato scelse con intelligenza i mezzi opportuni al suo scopo, eseguì il fatto con riflessione, e con coscienza di tutte le circostanze ancora concomitanti, e che di queste conservò memoria fedele, non può indurre in errore il giudice; perocchè questa è appunto la natura della follia parziale, di eleggere con intendimento i mezzi allo scopo, stabilito come necessario dalla fissazione, per modo che può agevolmente ingannar le persone, che osservano il malato, il quale giudica rettamente in tutti i rispetti, che non sono connessi con la sua morbosa supposizione. Neppure la simulazione dell'incolpato nel suo primo esame prova nulla contro la nostra opinione; perchè da tutte le deposizioni risulta, che egli non si voleva sottrarre alla pena di morte, ma che anzi la desiderava come mezzo d'espiazione. L'espressioni del suo difensore sembrano dirette a mostrargli, che egli era tenuto per pazzo, e che in tal modo sfuggirebbe alla pena. Ma egli cerca di mettere il suo difensore in sospetto del tribunale, per prevenire l'impressione, che la difesa potrebbe fare nell'animo de' giudici. Quindi dichiara, che la sua condotta nel primo esame era stata una finzione, affinchè il tribunale non si lasci indurre dalla medesima a tener l'incolpato nel conto di un insano. Nè può meritare alcun peso la sua dichiarazione di non esser pazzo; non tanto perchè il malato non conosce il vero stato del proprio spirito, quanto ancora perchè la sua malattia prosegue a manifestarsi nel desiderio della pena di morte, e perciò egli si contrappone con ogni sforzo alle impressioni, che potrebbero determinare i giudici ad una sentenza assolutoria.

Laonde, benchè non vogliamo negare, che avremmo desiderato più esatti materiali d'inquisizione, noi riputiamo giusta la sentenza del tribunal superiore.

VII.

SOPRA IL TENTATIVO DEL DELITTO DI ALTO TRADIMENTO (DISSERTAZIONE DI *ZACHARIAE*, ESTRATTA DAL TOMO XIX. FASC. 2. 3. E 4. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1838).

INTRODUZIONE.

Delle trentuna singolarità, raccolte dal Bajardo nelle aggiunte alle *Sententiae receptae* di Giulio Claro lib. V. §. *Laesae majestatis crimen* (1), e relative alla persecuzion giudiciale, e segnatamente alla prova, od alla punizione di questo delitto, le più sono rigettate, come destitute di fondamento, dalla teorica e dalla pratica odierna; alcune sono cadute di per sè insieme con le loro presupposizioni, esempigrazia l'applicazione della tortura; altre sono state tacitamente abbandonate, benchè appoggiate a disposizioni legali, esempigrazia i pregiudizj comminati nel diritto romano ai figli innocenti del perduelle. Ma una di queste singolarità, della quale non si può dissimulare la pratica importanza, è tenuta ferma ancora oggidì da alcuni giureconsulti teorici e pratici, e fatta valere eziandio nelle moderne decisioni de' tribunali (2): la massima voglio dire, per cui si afferma, che nel de-

(1) Conf. anche Carpzov *Pract. rer. crim.* qu. XLI. num. 2. et seqq.

(2) Nelle sentenze dei tribunali di Wolfenbüttel e di Jena, alle quali consacreremo qualche parola più sotto.

Digitized by Google

litto di alto tradimento non si distingue fra tentativo e consumazione, e che per la punizione di questo maleficio sia indifferente il considerare, se fu realmente eseguita o meramente intrapresa, anche in remotissimo grado, l'azione diretta contro le instituzioni essenziali, o gli elementi fondamentali dello Stato.

Ai criminalisti antichi e moderni, che prestano omaggio a sì fatta opinione, e che la stabiliscono come corrispondente al diritto comune, appartengono Carpzov (3), Boehmer (4), Kress (5), Kemmerich (6), Engau (7), Koch (8), Meister (9), Quistorp (10), Klein (11), Grolman (12), Dabelow (13), Feuerbach (14), Martin (15) Salchow (16), Henke (17),

(3) *Pract. rer. crim.* qu. XLI. num. 3. Waechter (Dir. pen. II. p. 549) osserva, che il Carpzovio ed altri criminalisti non trovarono in ciò alcuna singolarità propria dell'alto tradimento, perchè ritennero per regola l'equiparazione del conato alla consumazione nei delitti atrocissimi. Se non che il Carpzovio ammette come regola la minore punibilità del conato anche ne' delitti atrocissimi. V. qu. XVII. num. 13. Solamente è vero, che il Carpzovio sottopone il tentativo alla pena ordinaria anche in alcuni altri delitti, per cui la legge o lo statuto prescrivono questa norma.

(4) *Obs. ad Carpzov. qu. II. obs. 4. num. 5. Med. ad C. C. C. art.* 178. §. 8. In altri delitti atrocissimi, che Boehmer vuol sottoposti alla pena ordinaria, egli richiede l'atto prossimo.

(5) *Comm. succinct. in C. C. Caroli V. art.* 178. *p.* 667.

(6) *Synopsis jur. crim. lib. II. tit.* XII. §. 11.

(7) *Elem. jur. crim.* §. 492.

(8) *Institutiones juris crim.* §. 569.

(9) *Principia jur. crim.* §. 300.

(10) Fondamenti del dir. pen. tom. I, §. 155.

(11) Dir. pen. §. 502.

(12) Fondam. della scienza del dir. pen. §. 330.

(13) Elem. di dir. pen. §. 246.

(14) Elem. di dir. pen, §. 163. Investigazioni filosofico-giuridiche sul delitto di alto trad. p. 35.

(15) Elem. di dir. crim. 2.ª ediz. §. 204.

(16) Elem. di dir pen. 3.ª ediz. §. 468.

(17) Instit. di dir. crim. par. III. p. 413.

Kamptz (18), Rosshirt (19), ed altri, nomi tutti, che sono stati riguardati di principalissima autorità nella teorica e nella pratica del diritto comune. Di più non è esagerato l'affermare, che fino ad ora il principio professato da questi giureconsulti è stato seguitato come *communis opinio*.

Se noi cerchiamo il fondamento giuridico di questa massima, scorgiamo, che la maggior parte dei prenominati giuristi si appoggiano al diritto positivo, e segnatamente alla disposizione della L. 5. Cod. *ad L. Jul. Maj.* (*eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt*) trapassata nell'art. 24. della bolla d'oro di Carlo IV.: e solamente alcuni, come esempigrazia Klein, Grolman, Salchow, Gmelin, e Kamptz, s'ingegnano (20) di giustificare l'equiparazione del tentativo alla consumazione, ossia di rigettare ogni differenza fra l'alto tradimento tentato e consumato, dietro principj generali, o in virtù di una pretesa necessità, procedente dalla natura di questo delitto (21).

Soltanto dai moderni criminalisti è stato impugnato questo principio: e specialmente Kleinschrod (22), Bauer (23), Waechter (24), Hepp (25), Mitter-

(18) Osservazioni sull'essenza di fatto e sul conato dell'alto tradimento, negli annali di legislaz. pruss. fasc. 23. p. 275. e seg.

(19) Nuovo arch. di dir. crim. tom. IX. p. 167.

(20) A questo numero sembra appartenere anche Martin. Conf. §. 204. nota 13. V. anche la mia rivista delle discussioni dei cod. pen. di Annover nell'arch. di dir. crim. anno 1836. p. 446.

(21) Contro una sì fatta concordia dei principj generali col diritto positivo si dichiarano espressamente Feuerbach dell'alto trad. p. 34. Tittmann instituz. della scienza del dir. pen. par. II. §. 215.

(22) Dell'idea e della punibilità dell'alto tradimento. §. 12. nell'antico archivio tom. I. fasc. 1. p. 66.

(23) Elem. di dir. pen. 2.ª ediz. §. 341. nota 6. §. 346.

(24) Elem. di dir. pen. par. II. p. 549. e seg.

(25) Contribuzioni alla dottrina dell'alto tradimento p. 1. e segg.

maier (26), Weiske (27), Heffter (28), ed alcuni altri, si sono dichiarati per la necessità di distinguere il tentativo dalla consumazione dell'alto tradimento, parte a tenore dei principj generali del dritto, parte secondo l'odierno diritto comune (29). Considerando l'importanza, che sì fatta quistione ha acquistato nei tempi nostri, attesa la frequenza delle procedure contro questo delitto, è prezzo dell'opera il farne argumento di una indagine scientifica; tanto più che merita una particolare attenzione anche nelle consultazioni, che s'instituiscono per la compilazione dei nuovi codici criminali. Prendendo le nostre mosse I) dai generali principj del dritto sul tentativo e sulla consumazione, applicati al delitto di alto tradimento, noi II) piglieremo a considerare le disposizioni del diritto comune, e delle legislazioni moderne, e III) connetteremo con ciò alcune osservazioni di politica criminale intorno alla necessità di ammettere il conato di questo maleficio.

§. 2.

I. *Differenza fra il tentativo e la consumazione dell'alto tradimento, secondo la natura di questo delitto in generale, senza aver riguardo ad un determinato diritto positivo.*

A. *Ammissibilità di una tal differenza in sè.*

Quantunque possa bene accadere, che il diritto positivo non dichiari punibile il conato di certi particolari

(26) Conf. nuovo arch. di dir. crim. tom. IV. p. 9. e l'aggiunta agli elem. di dir. pen. di Feuerbach 12.ª ediz. §. 168. *a.*

(27) Il *crimen majestatis* dei Romani Lipsia 1836. Egli nega solamente, e a buon dritto, una tal distinzione nel diritto romano.

(28) Elem. di dir. crim. §. 215.

(29) Anche i moderni giuristi francesi riconoscono nel delitto

delitti, o d'intiere classi di delitti (30); o che, abbisognando sempre la penalità del conato di un'espressa dichiarazione legale, un tentativo, quando la legislazione non ferma una regola generale, come fa la Carolina nell' art. 178, non possa punirsi dal giudice, che quando sia minacciato specialmente di pena, o sia dato di riportarlo sotto l'idea d'un altro delitto (31); o che finalmente il diritto positivo, equiparando la penalità dell' esecuzione intrapresa e della compiuta, abbia reso inutile il distinguere fra il tentativo e la consumazione di alcuni delitti, o di tutti; non ostante fa d'uopo ammettere, che l'accennata differenza, secondo la natura della cosa, è applicabile per regola a tutti i delitti dolosi (32). Imperocchè, per quanto l'idea d'un delitto ora richieda un determinato effetto, ora una data azione, si dovrà per altro costantemente presentare una più o meno lunga continuazione

diversi gradi, ed una diversa penalità. V. Chauveau *et* Helie *Théorie du code pénal chap. 17. des crimes contre la sûreté de l' Etat.* Essi riconoscono coll' odierno diritto francese tre gradi: *la proposition faite et non agréé, le complot, et l' attentat.*

(30) Per esempio il cod. pen. francese dispone così, salve poche eccezioni, rispetto al tentativo *des délits*. V. la mia dottrina del conato par. I. Gottinga 1836. §. 96.

(31) Questa è la massima, che serve di base al diritto romano. La comune asserzione, che il diritto romano dichiari punibile il conato *in omnibus criminibus publicis*, o che distingua *inter crimina atrociora et leviora*, è falsa come regola. V. la mia dottrina del conato §. 54-89.

(32) V. la mia dottrina del conato §. 33. e segg., ed a p. 37. e segg. contro la così detta *culpa adtentata* difesa da Hepp. Questo autore ha nuovamente sostenuto la sua asserzione nell'archivio di dir. crim. anno 1836. p. 35. e segg.: ma le sue ragioni sono affatto le stesse, ed hanno già trovato, per quanto a me pare, la loro confutazione. Poichè per altro Hepp non deduce pratiche conclusioni dalla sua opinione, non val la pena di proseguire più oltre la controversia.

di atti criminosi, la quale può essere in ogni momento interrotta, o dalla volontà dell' agente, o da altre circostanze, prima che sia avvenuto, o sia stato eseguito tutto quello, che constituisce l' intiero fatto punibile. Io già mi sono studiato di dimostrare altrove (33), non poterai sostenere, che diversi delitti non sieno suscettivi di conato, e specialmente quelli, che hanno una loro propria configurazione, fra i quali si è annoverato ancora l' alto tradimento: ma con sì fatta quistione non si dee confondere l' altra della necessità di una punizione effettiva del tentativo di molti delitti nel rispetto giuridico e politico. Dalla regola indicata va eccettuata solamente una classe di delitti (34), quelli cioè, i quali, siccome l' ingiuria, la bestemmia, e il detto oltraggioso contro la maestà, si posson commettere con la semplice parola, senza che prima, o poi, occorra devenire ad un qualche fatto (35). O è dunque espressa la parola, che contiene un' ingiuria, una bestemmia, od un oltraggio contro la maestà; ed allora si presenta tutto ciò che appartiene all' idea del delitto: o la parola non è ancora espressa; ed allora non è dato ritrovare un' azione esternamente riconoscibile, diretta alla commission del delitto, eccetto per

(33) Dottrina del conato §. 43. e segg. Rispetto all' alto tradimento in particolare v. ivi. §. 46.

(34) Noi parliamo qui solamente di certe azioni punibili, e non della diversa maniera di trasgredire la legge penale per mezzo di soccorso, di favoreggiamento, o di omissione. Conf. la mia dottrina del conato. §. 38-42.

(35) Qui dunque non si tratta di quei casi in cui un' azione composta di diversi atti particolari diviene delittuosa per mezzo di una manifestazione verbale, come accade nello spergiuro: nè di quei casi, in cui nell' espressione di certe parole si contien solamente un' azione, diretta a produrre un altro delitto, che richiede un fatto, come accade nella parlata sediziosa.

avventura l'instigazione al medesimo (36), nella quale per altro si conterrà il più delle volte l'intiero delitto.

Or se noi domandiam la ragione, per cui nel delitto di alto tradimento si dice impossibile il tentativo, ossia per cui il più remoto intraprendimento si è parificato alla consumazione; troviamo, che si è cercato di giustificare questo principio, affermando, che il diritto penale dello Stato può esercitarsi soltanto contro i conati del suo sovvertimento, e che, esigendo il conseguimento dello scopo delittuoso, si escluderebbe la possibilità di punire, avvegnachè, rovesciata la cónstituzione esistente, viene a mancare il potere di far valere le leggi contro il perduelle (37). Con questo discorso non si fa che ripetere l'antico argumento di Catone: « *hoc nisi provideris, ne accidat, ubi evenit, frustra judicia implores* » (38). Ma da una parte questa affermazione meramente politica non è sempre vera, perchè riman sempre possibile il ristabilimento del potere legittimo, dopo che è stato temporariamente rovesciato, e l'istoria c'insegna, che il sospeso diritto di punire è rientrato assai spesso nell'esercizio delle sue facultà: e d'altra parte ciò prova solamente, che per la consumazione di questo delitto non si può esigere il criminoso successo, ossia la distruzione effettiva d'un elemento essenziale dello Stato. Ma da questa premessa non sarebbe giusto dedurre, che ogni remoto intraprendimento di perduellione si debba considerare come un alto tradimento compiuto; perocchè il delinquente, che incomincia, dee, per arrivare al successo

(36) Noi facciamo astrazione dalla penalità conforme al diritto positivo, e segnatamente dalla L. 15. §. 10. D. *de injur.* « *Si curaverit quis alicui convicium fieri, non tamen factum est, non tenebitur* ».

(37) V. Grolman l. c.

(38) Sallust. Bell. Cat. c. 52.

Digitized by Google

pigliato di mira, percorrere un' intiera serie di azioni, le quali o appartengono alla classe degli atti preparatorj, o a quella degli atti esecutivi. Che si direbbe di colui, il quale, osservando, che le leggi non richiedono pel delitto d'incendio, che sia stato ridotto in cenere l'edifizio, cui venne appiccato il fuoco, deducesse da questa disposizione, che il semplice provvedimento dei materiali combustibili bastasse all' idea del maleficio, e facesse incorrere nell' intiera pena di esso? Eppure il superiore ragionamento in proposito della perduellione, non è molto migliore di questo. E se valesse il dire, che lo Stato sottopone all' intiera pena qualunque conato di alto tradimento, perchè l'agente, se raggiugne il suo scopo, non può essere altrimenti costretto alla debita sodisfazione, si potrebbe non senza ragione asserire, che lo stesso principio fosse applicabile ancora ai delitti contro la vita del semplice cittadino, i quali, tostochè hanno prodotto l'effetto, al quale miravano, escludono la possibilità di una restituzion dell' offeso; tanto più che i singoli, per proteggere contro le aggressioni altrui la propria persona, dispongono di mezzi molto meno efficaci di quelli, che possiede lo Stato, per superare i pericoli, onde sia minacciato.

Quando inoltre uno dei più riconosciuti principj del nostro diritto penale proclama, che non basta guardare alla delittuosa intenzione, ma che insieme con essa fa d' uopo considerare la qualità dell' azione, ad effetto di stabilire la quantità della pena; quando su questo fondamento principalmente riposa la differenza fra l' imputazione giuridica e la morale, e nella riunione della misura subiettiva con la obiettiva si dee riconoscere la più felice combinazione delle norme romane, canoniche, e germaniche; bisogna altamente meravigliarsi, che nel delitto di alto tradimente sia stata messa da parte la mas-

Digitized by Google

sima, santificata dal natural sentimento, che la pena debb'essere adeguata alla quantità della colpa, e che perciò colui, che è solamente entrato nella via del delitto, non debb'esser trattato alla pari d'un altro, che ha raggiunto la meta criminosa, o vi si è avvicinato. Una tale equiparazione dei gradi diversi di colpa si potrebbe solamente giustificare, quando si trattasse di un delitto per sua natura sì grave e pericoloso, che il più remoto tentativo di esso si dovesse colpire della massima pena, onde può valersi lo Stato; quando cioè lo Stato medesimo, non avendo modo di applicare un male più grave, corrispondente ai gradi più elevati della medesima colpa, si trovasse costretto a sottoporli tutti alla medesima pena: come, allorchè l'ordinario omicidio premeditato soggiace alla pena di morte, bisogna rinunziare all'idea di castigare più severamente le uccisioni premeditate, commesse con la più orribile crudeltà, e mediante violazione dei più santi legami di natura. Ma solamente il principio dello spavento (39), o la paura d'un tiranno può condurre ad affermare, che ciò convenga al delitto di alto tradimento, e che ogni atto, il quale cada nella sua larga periferia, meriti la massima pena, cioè la morte. Lo Stato inoltre procederebbe certamente con maggior politica, se cercasse di stabilire una graduazione in questo delitto, sebbene potesse supporre, che qualunque stadio del medesimo meritasse il più severo castigo; poichè è una verità, confermata da lunga esperienza, che le leggi penali troppo rigide non corrispondono al loro scopo, e che la prevenzion dei delitti si ottiene assai meglio con la pronta e sicura applicazione di punizioni anche miti.

(39) In grazia di questo principio Feuerbach ha sostenuto, come richiesto dalla prudenza legislativa, che nell'alto tradimento il conato debb'esser punito quanto la consumazione. Conf. il suo scritto sopra l'alto tradimento p. 34.

Henke (40) ha cercato di mostrare in un'altra guisa, che nell'alto tradimento non si dee far distinzione fra consumazione e conato. Egli in fatti, dopo aver dichiarato, che l'argumentazione di Grolman è difettosa, si esprime così — « La vera ragione, per cui basta un'azione esterna, che manifesti l'animo ostile contro lo Stato, senza bisogno di considerare quanta parte della delittuosa intenzione sia stata in tal modo attuata, nè se molto o poco n'è stato minacciato, o danneggiato, lo Stato, sembra unicamente consistere nell'essere l'alto tradimento una specie di tradimento: all'essenza di fatto del quale non si richiede altro che una violazione di fede per via di favore e di sostegno prestato ai nemici del tradito, niente curato l'effettivo nocumento di questo. Ora ogni suddito è obbligato a serbare una fede particolare al proprio Stato, perchè appena giunto all'età maggiore è tenuto a promettere con giuramento di prestargli omaggio, di promuovere il suo bene, e di allontanarne, per quanto può, ogni danno e pericolo. Ma questa fede di sudditanza è manifestamente violata da tutte le azioni, che siano intraprese con intenzione ostile contro lo Stato, senza che occorra ponderare, se, e quanto abbiano la capacità di produrre la ruina, od il danno, nè se, e fino a qual segno abbiano generato sì fatti pregiudizj *in concreto.* » — Ma questa deduzione si appoggia da un lato ad una falsa supposizione, e dall'altro lato precipita nel medesimo errore, che è stato censurato da Henke nell'argumentazione di Grolman. È una falsa supposizione l'ammettere, che tutti i casi di alto tradimento contengano un tradimento in senso proprio; perchè ciò si può affermar solamente di quei de-

(40) Instituz. di diritto e di politica criminale part. III. p. 414, e seg.

litti, che nella teorica del diritto comune si soglion comprendere sotto la generale espressione di tradimento del paese (41). È pure inesatto il supporre, come fa Henke, che, ogni qual volta un'azione cada sotto l'idea del tradimento, sia del tutto indifferente la sua qualità. Perchè, noi domandiamo, si vuole, che il tradimento possieda la singolarità di esser sempre il medesimo, qualunque sia la qualità dell'azione, con cui si commette? Non può essere più o meno offensivo, più o meno vicino alla meta delittuosa? Non può esser maggiore o minore il pericolo della persona minacciata, contemplato ancora dalle leggi (42)? Insistendo in questo principio non si potrà prescindere dal rigettare ogni grado anche nei delitti di frode, di spergiuro, di furto domestico; perchè la frode è sempre frode, lo spergiuro è sempre spergiuro, e la persona di servizio, abbia essa sottratto poco o molto, ha sempre violato la fede particolare dovuta al padrone. E potremmo noi finalmente affermare, che tutti i delinquenti si debban punire con l'esclusione dalla società civile, perchè tutti, senza differenza, si sono resi colpevoli di una perturbazione dell'ordin giuridico, stabilito nello Stato, ed hanno disprezzato la santità della legge? Ho detto poi, che Henke è caduto nel medesimo errore del suo avversario; perchè dal giusto principio, che per la essenza di fatto di questo delitto non si richiede il danneggiamento effettuato, deduce la conse-

(41) Per questo motivo è pure inesatto quanto afferma Feuerbach Elem. §. 169. nota *a*. che la pena della spada, stabilita nel diritto romano, sia cambiata per tutti i casi dall'art. 124. della Carolina nella pena dello squarto. Conf. Martin dir. crim. §. 206. nota 12. e 13, e Zirkler dottrina del delitto di maestà, Stuttgard 1836. p. 266. e seg.

(42) V. l'art. 124 della Carolina, e Boehmer *Medit. ad C. C. C.* art. 124. §. 11.

guenza, che non si possa far distinzione fra consumazione e conato: quasichè fra l'effettuato danneggiamento, ed il primo atto, che si dirige al medesimo, non si trovasse nulla di mezzo, e non si dessero molti altri delitti, che ammettono una differenza fra consumazione e conato, tuttochè per la loro essenza di fatto non richiedano un determinato successo. Benchè dunque le leggi non esigano alcun danno per la essenza di fatto del tradimento, e specialmente dell'alto tradimento, non se ne può in alcun modo concludere, che abbiano dichiarato affatto indifferente il progresso dell'attività criminosa.

Faremo adesso menzione dell'ingegnosa ipotesi, che Zirkler nella sua dottrina del delitto di maestà e d'alto tradimento ha ricavato dalle fonti del diritto romano. Egli ha sostenuto, che l'alto tradimento, o la romana *perduellio*, si dee considerare come il punto culminante di tutti i delitti contro lo Stato, nei quali, piuttostochè allo scopo, ed alla tendenza dell'agente, diretta alla distruzione d'un elemento essenziale della cosa pubblica, si guarda ad un fatto, qualificato da un piano determinato, e dalla preparazione di mezzi, per cui l'ordin civile sia constituito nel pericolo d'una guerra (43). L'acuto scrittore ha certamente tutta la ragione, quando si adira contro la larga estensione del delitto di alto tradimento nella moderna dottrina, e i risultati delle sue investigazioni meritano certamente di essere particolarmente apprezzati. Noi andiamo d'accordo con lui, allorchè per la essenza di fatto dell'alto tradimento dichiara necessario un delittuoso proposito determinato, e rigetta il proposito eventuale, come contradittorio alla natura di questo delitto, ed al diritto comune (44);

(43) Conf. Zirkler l. c. p. 192. e segg. 238, e segg.
(44) l. c. p. 281.

perocchè i requisiti del conato debbono in questo rispetto esser gli stessi di quelli del consumato delitto, sebbene non si voglia disconvenire della possibilità di un tentativo con proposito eventuale in quei casi, in cui la medesima azione può avere diversi successi, che formino separati delitti (45). All'incontro non possiamo assentire a Zirkler, quando egli vuole, che il delitto non dipenda da alcun determinato scopo finale (46), e quando inoltre dà un peso così decisivo al convincimento dell'agente di poter co' suoi mezzi delittuosi portare ad effetto la propria intenzione, e così alle parole *an potuerit* di Modestino nella L. 7. §. 3. D. *ad L. Jul. Maj.* (47) E mentre egli si affatica da un lato a circoscriver l'idea del delitto; togliendogli per altro il suo obietto determinato, particolarmente fermato nella moderna teorica dall'immortale Feuerbach (48), viene a render vacillante dall'altro lato la sua necessaria determinazione obiettiva.

Ma quand'anche noi, ponendo da banda tutte le difficoltà, volessimo riconoscere come giusta l'opinione di Zirkler intorno alla natura e all'essenza dell'alto tradimento, non sapremmo vedere il perchè se ne debba inferire l'impossibilità di distinguere il tentativo dalla consumazione. Qui non intendiamo parlare del diritto romano, secondo il quale non è dato ammettere alcuna punizione del tentativo, come tale: ma discorriamo dell'asserta necessità, procedente dalla natura del delitto, di rigettare ogni differenza di questa specie. Ancorchè pren-

(45) Conf. la mia dottrina del conato. §. 29-31, e p. 271.

(46) Zirkler l. c. p. 280.

(47) Conf. Hepp. nell'arch. di dir. crim. anno 1837. p. 373. e seg.

(48) Investigazione filosofico-giuridica del delitto di alto tradimento. Erfurt 1798 p. 17. 28. Conf. Hepp. l. c. p. 355. e segg.

diamo a contemplare il delitto sotto l'aspetto di un *maximum*, e lo ammettiamo esistente, appena *l'animus hostilis* si è maturato con un piano proposto, e sono stati apparecchiati i mezzi con la coscienza di poterlo eseguire; domandiamo volentieri il perchè questo maleficio, il quale, come dimostra lo stesso Zirkler, non consiste in qualsivoglia azione esterna intrapresa con criminosa intenzione, debba essere tanto innormale, da non potersi incominciare, ma da presentarsi intieramente compiuto, o non esistere affatto. Una vera meraviglia giuridica sarebbe questo delitto, in cui l'agente verrebbe da una sfera estranea trasportato quasi per incanto in quella formidabile dell'alto tradimento, senza potersi rendere una chiara ragione di quello, che propriamente voleva, o si proponeva. La formazione del piano, la division delle parti, il provvedimento dell'armi, l'inducimento o la seduzione di altre persone, per riunire da prima una fazione, e recarsi in mano il potere di portare ad effetto la criminosa intenzione, si dovranno dunque considerare come congreghe proibite (*coetus illiciti*), o come *crimen vis!* Se ciò fosse conforme al diritto, Paolo avrebbe affermato il falso, dicendo: *nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit:* e noi non sappiamo, come in genere si potrebbe parlare della punizione del tentativo, quando si volesse disconoscere in tal guisa la determinata intenzione del delinquente, e contemplare soltanto nell'aspetto esteriore l'attività che si avanza all'esecuzione. Ogni delitto è in qualche maniera un *maximum*, il quale non esiste fintantochè non è stato raggiunto. Anche l'omicidio, la rapina, e la violenza in femmina, sono punti culminanti d'un'attività criminosa, che si può contemplare semplicemente dal lato generale della violenza, e quindi od esistono nella loro integrità, o non esistono affatto: ma ognorachè noi tro-

viamo, che l' intenzione delittuosa è proceduta all' applicazione di mezzi idonei, ammettiamo a buona ragione un conato. E sebbene in questi reati si richieda un successo, che nell' alto tradimento non è essenziale, pure tutti quanti i delitti, non escluso l'alto tradimento, presuppongono un progresso più o meno lungo di attività criminosa, la quale comincia ad esser punibile prima di giugnere alla consumazione, e che potendo essere ad ogn' istante interrotta può lasciare incompiuta l'idea del maleficio.

§. 3.

B. *Come si debba distinguere il tentativo dalla consumazione nell' alto tradimento.*

Dopo avere stabilito, che anche nel delitto di alto tradimento è giuridicamente possibile e necessario il far differenza fra tentativo e consumazione, cerchiamo in qual modo si debba fermare una tal distinzione. A questo effetto bisogna primieramente fissare l' idea dell' alto tradimento consumato, dietro la quale risulta di per sè fino a qual punto si possa parlare di semplice tentativo. Da una parte fa d' uopo riflettere, che per questa consumazione non si può richiedere il conseguimento dello scopo delittuoso (49), e dall' altra, che non si dee considerare come alto tradimento consumato qualunque azione intenzionalmente intrapresa, che sia diretta alla distruzione di un elemento fondamentale dello Stato. Se ci

(49) Conf. Tittmann Instituz. della scienza del dir. pen. par. II. §. 215. Grolman l. c. Kamptz Osservazioni sopra l'essenza di fatto e il conato dell' alto tradimento, negli annali per la legislazione prussiana fasc. 32. p. 316. e segg. Hepp Contribuzioni alla dottrina dell' alto tradimento p. 7.

badiamo da questi due estremi, e cerchiamo la verità nel mezzo, noi riporremo, avuto riguardo ai principj generali del dritto (50), la consumazione di questo maleficio in quel momento dell' attività criminosa, in cui l'azione ha raggiunto quella proprietà, che dee riguardarsi come il vero carattere fondamentale, e la particolare essenza del delitto. Or se noi possiamo ammettere, che l'essenza del delitto si debba cercare nella rottura della fede di sudditanza, o nella violazione del vincolo, che unisce il privato con lo Stato, e co' suoi elementi essenziali, e per la quale il privato medesimo si colloca nella posizion di nemico; se teniamo fermo il principio fondamentale del nostro diritto, che bisogna guardare non solo all' intenzione delittuosa, ma ancora alla qualità esterna del fatto, ovvero alla così detta misura obiettiva; per la consumazione dell' alto tradimento dovremo esigere almeno, che mediante un' aggressione effettivamente intrapresa, e non semplicemente preparata, la quale sia immediatamente o mediatamente diretta contro gli obietti di questo reato, si presenti un infragnimento obiettivamente riconoscibile della fede di sudditanza. Che questa aggressione abbia avuto per conseguenza una lesione effettiva, piccola o grande, o che lo Stato abbia risentito in qualche maniera un danno materiale, non si richiede alla consumazion del delitto. Onde noi non possiamo convenire con Hepp (51), quando egli crede di

(50) V. la mia dottrina del conato §. 11. e §. 17. nota 1.

(51) Contribuzioni alla dottrina dell' alto tradimento p. 10 Poscia per altro si attiene all' opinione di Bauer (Elem. di dir. pen. §. 345.), il quale richiede per la consumazione dell' alto tradimento un' aggressione intrapresa, giustamente notando, che il requisito di una lesion materiale dello Stato condurrebbe a ristringere eccessivamente l'alto tradimento consumato, e ad allargare eccessivamen-

dovere esigere una qualche lesione materiale, anche leggiera, come carattere, che distingua l'alto tradimento consumato dal tentato. Noi dunque affermiamo, come già fece Mittermaier (52), e prima di lui Kleinschrod (53), che l'alto tradimento appartiene a quella classe di delitti, che si consumano con l'azione, e solamente crediamo di determinare più esattamente il carattere della medesima, dicendo, che dee contenere un infragnimento della fede di sudditanza, contradittorio al diritto dello Stato, o, se piace meglio, un'aggressione ad un elemento fondamentale dello Stato. Che sia necessario il compimento dell'azione intesa al sovvertimento dello Stato, non ne possiamo convenire: od almeno la cosa dipende dal fissare, che si debba intendere sotto di questa espressione, che ammette assai diverse interpretazioni. Se si volle parlare di un'azione intesa all'alto tradimento; ciò ricondurrebbe ad equiparare il conato alla consumazione, e sarebbe manifestamente contrario all'intenzione di Kleinschrod. Ma se egli, come sembra, pensò, che dovessero essere intieramente compite quelle azioni, con le quali il perduelle si propose di sovvertire lo Stato; la consumazion del delitto verrebbe allora elevata di troppo, e questa idea, nella sua pratica applicazione, sarebbe poco diversa da quella, che dichiara necessario il sovvertimento effettivo. — Anche Mittermaier sembra andare troppo oltre, quando stabilisce, che il delinquente debba aver fatto per parte sua tutto quello, che dipendeva da lui, e che

te il tentato, avvegnachè possano darsi certamente dei casi, in cui l'alto tradimento venga a scoppiare senza produrre alcun danno materiale, come la stessa cosa è possibile anche nella sollevazione.

(52) Nel nuovo arch. di dir. crim. tom. IV. fasc. 1. p. 9.

(53) Nell'antico archivio di dir. crim. tom. I. fasc. 1. p. 67.

appartiene all' idea dell' azione (54). Imperocchè si possono immaginare moltissimi casi, in cui il delinquente sia stato fermato nel mezzo della sua delittuosa attività, la quale già contenesse una manifesta aggressione nel senso sopraccennato, ed in cui non si possa riconoscere non ostante che un delitto tentato. Mittermaier osserva di più, che il giudice dee lasciarsi guidare dalla particolare espressione della legge penale, e badare, se questa dice esempigrazia — *chiunque consegna fortezze al nemico in tempo di guerra, chiunque trapassa al nemico*, ovvero *chiunque entra per via di ciò in trattati proditorj col nemico*. Anche questa osservazione non può giudicarsi esatta che con una distinzione. Tutto in fatti dipende dal vedere, se la legislazione, che si deve applicare, conosce in genere la distinzione fra delitto tentato e consumato, o non la conosce; e, nel secondo caso, se una tal distinzione debba innestarsi nella legislazione in virtù di una norma legale posteriore, com'è avvenuto nel diritto romano dietro l'art. 178 della Carolina. Imperocchè il giudice sottoposto all'autorità del diritto comune cadrebbe palesemente in errore, se volesse dichiarare consumati delitti tutti i casi di alto tradimento minacciati dal diritto romano, e segnatamente il caso della *L.* 5. *Cod. ad L. Jul. Maj.* Sott'altro aspetto si presenta certamente la cosa nelle moderne legislazioni germaniche, le quali distinguono il conato dalla consumazione. Postochè il legislatore abbia non lodevolmente dichiarato delitto un' azione, che secondo i giusti principj doveva considerarsi soltanto come conato di alto tradimento (esempigrazia la congiura non ancora scoppiata), non è nel potere del giudice il prenderla per semplice tentativo.

Se pertanto si riconosce giusta la sopraddetta distin-

(54) V. Feuerbach Elem. di dir. pen. §. 168. *a.*

zione fra tentativo e consumazione di alto tradimento, conseguita, che una definizion generale di questo delitto (la quale in verun altro titolo criminoso è tanto difficile e pericolosa, come in questo) non si dee formare, dicendo con Feuerbach, con Kamptz, e con altri, che esso consista in qualunque azione diretta alla distruzion dello Stato, o che si commetta con ogni azione, con la quale il suddito manifesti attivamente la propria intenzione, diretta alla distruzion dello Stato, o della sua constituzione, ma dee lucidamente designare il carattere, che contraddistingue la consumazione di questo maleficio, perchè la sua nozione comprenda tutte le parti della essenza di fatto. Quelle definizioni convengono solamente all' alto tradimento tentato, ed anche dentro questa periferia possono, a cagione della loro maravigliosa capacità di estensione, aprir la porta ad abusi, per la libertà civile pericolosi.

Se si tien fermo l' esposto carattere dell' alto tradimento consumato, ne deriva, che tutti i preparativi dell' azione, che prende immediatamente di mira l' esecuzione del piano proditorio, cadono nella periferia del conato. Imperocchè i medesimi non contengono alcuna lesione effettiva, nè alcuna rottura obiettivamente riconoscibile della fede di sudditanza. A questi appartiene segnatamente la congiura, il provvedimento di armi, l'arruolamento della gente necessaria all' esecuzione, o si voglia sovvertire la constituzion dello Stato, o mettere a morte, o detronizzare il Sovrano. Non può considerarsi tradimento consumato del paese nemmeno la corrispondenza epistolare col nemico, fintantochè sia rimasta entro i limiti di semplici trattative, e non abbia rivelato per avventura un qualche segreto dello Stato, o somministrato un reale soccorso al nemico. All' incontro non si considera certamente, se l'avvenimento fu di poca, o

di grande importanza, nè se per esempio il colpo tentato per impadronirsi di un posto andò a vuoto, o se si devenne alla consegna effettiva d'una fortezza: ma in simili casi si riguarda consumato il delitto, perchè si applica ad essi realmente l'idea dell'alto tradimento.

Il diffondersi nell'esame di altri esempj, che si possono moltiplicare a piacere, sarebbe superfluo. Reputo quindi più opportuno occuparmi d'una quistione di gran momento, con la quale si cerca, se in uno Stato constituzionale un ministro, che controfirmi e pubblichi un'ordinanza, la quale rovesci tutta quanta la constituzione, od una parte di essa, si renda colpevole di alto tradimento consumato, o tentato. In un'accusa modernamente intentata contro un ministro noi ci ricordiamo di aver trovato fondata l'assoluzione pronunziata dal tribunale supremo; perchè, sebbene l'ordinanza contenesse certamente una violazione della constituzione, il tentativo doveva per altro considerarsi impunito in virtù della spontanea desistenza a forma dell'art. 178 della Carolina. Ma in un rovesciamento di constituzione, il quale formi il delitto di alto tradimento, non sempre possono militare le stesse ragioni di giustificazione. Si potrebbe forse dire, che la pubblicazione di una tale ordinanza non viola materialmente la vigente constituzione, in quanto che non presenta che un comando pei cittadini e per gl'impiegati di contravvenire al patto pubblico, e perciò equivale a qualunque altra instigazione, che cade sempre sotto l'idea di conato. Se non che questa comparazione non regge. E se è giusto, che il conseguimento dello scopo delittuoso, od anche una semplice lesione effettiva dello Stato non si richieda per la consumazione di questo reato, la quale è constituita da un' aggressione realmente intrapresa, o da una manifesta rottura, non semplicemente apparecchiata, della fede dovuta al patto pubblico della

patria; noi dobbiam riputare compiuto questo pericolosissimo misfatto, in cui l'agente può contare per lo più sopra una forza prevalente (55), e che, mentre getta l'intiero paese nella più lacrimevole confusione, abbandona il diritto pubblico ad una inevitabil rovina. Che del resto la pubblicazione di una così fatta ordinanza contenga veramente un alto tradimento, ancorchè avvenisse con la volontà del Sovrano, è una tesi, contro cui si potrebbe muovere appena un dubbio ragionevole (56).

§. 4.

C. *Onde cominci la punibilità dei tentativi nell' alto tradimento.*

Dopo esserci studiati finqui di stabilire sino a qual punto sia permesso parlare di semplici tentativi di alto tradimento, volgiamoci adesso a cercare da qual punto incominci la loro punibilità. Oggimai non fa di mestieri

(55) Del tradimento degli alti impiegati, e specialmente dei ministri dello Stato, discorre assai bene il Rossi *Traité de droit pénal* p. 347.

(56) Feuerbach, che non si potè immaginare alcuno Stato senza *pactum unionis, subjectionis, et constitutionis,* nella sua investigazione intorno al delitto di alto tradimento dice in proposito di questo caso p. 48. e seg. « A questo capo appartiene ancora « il caso, in cui un ministro, o qualchè altro cittadino si lasci im- « piegare dal Sovrano all' esecuzione di certe mire, che non distrug- « gono in vero assolutamente e per sempre lo scopo dello Stato, « ma pure offendono i diritti, che dal patto d' unione nascono a fa- « vore dei sudditi. Dove si domandasse, se in simili circostanze toc- « cherebbe al popolo ad esercitare il diritto di punire, si dovrebbe « risponder di no; perocchè spetterebbe piuttosto o al Sovrano « medesimo, ritornato che fosse alla ragione, od al suo successore ». V. anche a p. 60., dove si parla del caso, in cui un cittadino cospiri col Sovrano ad operare una rivoluzione, e si dice, « che sic-

schierare un apparato di prove per affermare, che la criminosa risoluzione, non ancora trapassata in azioni, non può soggiacere ad alcuna pena civile neppure in questo delitto. Nè le parole della L. 5 Cod. ad *L. Jul. Maj.* « *eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt* » si sarebbero mai interpretate come conducenti alla punizione della semplice volontà criminosa (57), dove si fosse chiaramente veduto, che il diritto romano, dovunque parla di *voluntas sceleris*, od equipara il *dolus* al *factum*, riconosce sempre tacitamente il principio, non soggetto ad eccezione di sorta « *cogitationis poenam nemo patitur* » e che segnatamente le espressioni della citata L. 5., riuscite difficili a molti, si possono riferir solamente all'ingresso in una congiura (58). Se non che non basta, che la volontà delittuosa sia trapassata in un' azione esterna, ma, siccome in qualunque conato, noi richiediamo anche in questo un' azione diretta a produrre il delitto, o che serva ad eseguirlo (59). Ancorchè dunque la volontà di delinquere si fosse manifestata con minaccie, o con espressioni clamorose di desiderj e di speranze, o per mezzo di lettere indirizzate ad altri, tutto ciò potrebbe così poco sottoporsi ad una pena, come la confessione di avere per lo innanzi avuto l' intenzione di uccidere il capo dello Stato.

« come il popolo non ha diritto d' intraprendere azioni contro il « Sovrano, così nemmeno il Sovrano, contro la constituzione. Nè « occorre distinguere, se l' alterazione del patto pubblico arrechi, « o no, dei vantaggi al popolo; perchè i vantaggi, che derivano « dall' ingiustizia, non fanno cangiare la norma del giusto ».

(57) Feuerbach l. c. p. 35.

(58) V. la mia dottrina del conato p. 182 e segg. Conf. anche Chauveau, Hélie et Faustin *Théorie du Code pénal* tom. I. chap. XVII. §. 1.

(59) V. la mia dottrina del conato p. 192. e segg.

Non si potrebbe nemmeno chiamar tentativo punibile di alto tradimento l'azione esterna di colui, che, senza avere ancora menomamente operato per l'esecuzion del delitto, si fosse meramente limitato ad incarnarne il pensiero. Alla qual cosa noi riferiamo il disegno disteso di una corrispondenza di alto tradimento, o la scrittura di una parlata, da tenersi in seguito per muovere al delitto, o la composizione tipografica della medesima, destinata ad esser diffusa. Imperocchè, sebbene, come fu notato giustamente da Henke (60), il ritrovamento di simili scritti possa certamente corroborare la prova della colpa contro l'imputato di altre azioni di alto tradimento, la compilazione sola di un simile scritto, o la minuta di una lettera, in cui si prometta per esempio un soccorso al nemico, senza che si possa dimostrare, che sia stata spedita ad alcuno, o che si riferisca a comunicazioni già fatte, non si riguardano sufficienti a constituire un tentativo punibile (61). Si potrebbe opporre, che quegli che ha scritto un falso documento si punisce per conato di falsità sebbene non abbia ancora fatto alcun uso del suo foglio. Ma il caso, nel quale il delitto consiste nella compilazion dello scritto, il quale perciò non è semplicemente il mezzo d'incarnare la volontà criminosa, non si può considerare come un'analogia conveniente.

Poichè pertanto noi richiediamo un'azione esterna, diretta a produrre il delitto, la quale non consista semplicemente nell'incarnare il pensiero, si può domandare

(60) Contribuzioni alla dottrina del delitto di sollevazione, nel nuovo archivio tom. II. p. 561. Henke bensì va tropp'oltre, quando nega ancora l'esistenza di un'azione esternamente riconoscibile.

(61) Un contrario parere fu adottato nella decisione di un caso dalla facoltà giuridica di Erlangen.

primieramente, se la distinzione fra gli atti preparatorj, e quelli che contengono un principio d'esecuzione, si debba applicare ancora al conato di alto tradimento. A sì fatta quistione vuol darsi certamente una risposta affermativa, sebbene sia dell'indole di questo delitto, che il principio d'esecuzione si combini sovente con la consumazione (62). È un'altra quistione quella, con cui si ricerca, se tutti gli atti preparatorj, anche i più remoti, debbansi nell'alto tradimento considerare punibili, contro la regola, che per la penalità del conato richiede un principio d'esecuzione, o solamente alcuni. Noi crediamo di dover abbracciare la seconda opinione (63): ma riputiamo tanto più giustificata un'eccezione dall'impunità delle semplici preparazioni, in quanto che un conato di alto tradimento non si potrebbe in molte circostanze punire. Noi consideriamo sempre immuni da pena 1) quegli atti preparatorj, che mirano unicamente ad impedire il precoce discoprimento del delitto, e ad assicurarsi un luogo di rifugio nel caso d'infelice riuscita: e 2)

(62) Nello stesso modo si danno dei delitti, in cui il tentativo terminato si confonde con la consumazione. Per altro si presentano ancora degli atti esecutivi, che non contengono il delitto consumato. Rossi *Traité de droit pénal* liv. II. chap. XXVII. « L'exécution du crime de trahison *commence* lorsque, le jour de l'explosion « étant arrivé, le conspirateur rassemble ses forces, distribue « les armes, répand les proclamations, explique ses projets, de« signe le point d'attaque. Il est sorti de sa sphère d'activité « individuelle; il trouble l'ordre public; l'aggression est flagrante. « On ne prépare plus le crime; on l'execute ».

(63) Se dovessero soggiacere a pena tutte le possibili preparazioni, bisognerebbe procedere criminalmente ancora contro l'azione la più giuridica, quando si supponesse animata da un'intenzione proditoria. Conf. la mia dottrina del conato §. 3. Rossi l. c. liv. II. chap. XXVII. Pareri della facoltà giuridica d'Heidelberg nella collezione di Scholz p. 220 e seg. Del resto si riconosce da tutti, che l'alto tradimento è un delitto, in cui possono apparir meritevoli di pena anche le semplici preparazioni.

Digitized by Google

quelli, coi quali l'agente s'ingegna di accertarsi la possibilità e la sicurtà dell'esecuzione, o di spiar l'opportunità di operare. Così non si dovrebbe esempigrazia punire colui, che si procaccia il favore de' suoi concittadini, o cerca d'insinuarsi nella confidenza del ministro, per allontanare il pericolo del discoprimento della trama, o per ottenere che vengano rimosse, o richiamate certe truppe; o che gira il paese ad effetto di scandagliare lo spirito del popolo, e per cogliere il momento più favorevole a fare scoppiare una sollevazione. Non si renderebbe colpevole di tentativo punibile nemmeno colui, che nell'intenzione di uccidere il capo dello Stato s'informasse dei giorni e dell'ore d'udienza, o delle strade, che egli suol percorrere, quando esce dalla sua residenza. In tutti questi casi in fatti si presentano azioni, che hanno un'importanza pel solo motivo dell'intenzione delittuosa non riconoscibile esternamente.

All'incontro può considerarsi come punibile: 1) la provocazione a sollevarsi, o a conspirare contro lo Stato, la quale non abbia avuto alcun seguito, o per volontà, o contro volontà del provocato. In fatti noi abbiamo in amendue i casi un atto esterno d'instigazione, diretto a produrre la perduellione, l'effetto del quale non può esser più trattenuto dall'agente, ed il cui pericolo giustifica certamente il sottoporre ad una pena colui, che ha manifestato innegabilmente un'intenzione ostile già determinata. Le obiezioni, che si possono opporre (64), si riferiscono semplicemente alla difficoltà ed alla fallacia della prova (prescindendo dalla confessione) nei casi, in cui la provocazione non ebbe luogo in pubblico, e che fanno dubitare della serietà della proposta. Ma questa non è una ragione per sottrarre

(64) V. segnatamente Rossi l. c. liv. II. chap. XXVII.

al debito castigo i casi realmente punibili, e, dietro le notevoli parole di Modestino « *nec lubricum linguae facile ad poenam trahendum est* » può solamente indurci a determinare con la maggior possibile precisione i confini della penalità (65). Quindi si dovrà richiedere a) che sia stato comunicato un determinato disegno di alto tradimento, e b) che sia stata fatta una chiara e diretta provocazione ad un dato fine, per modo che non rimanga dubbio sulla serietà dell'intenzione, e sullo scopo preso di mira. Si fatta serietà esiste per esempio in una allocuzione recitata davanti al popolo adunato, la quale contenga una provocazione diretta a rovesciar la constituzione esistente, a meno che non si dubitasse, che l'agente fosse privo del bene dell'intelletto. Quando all'opposto la proposizione fosse stata fatta in segreto ad una, o a più persone, potremmo, per guarentire da ogni applicazione abusiva (66), ristringere il diritto di punire al solo caso, in cui a quella provocazione sia andata congiunta la comunicazione di un piano determinato, e dei mezzi di esecuzione, per modo che sia provato, che quella manifestazione non derivasse meramente da un eccitamento di passione, e da una risoluzione precipitata, Niuno in fatti può divenire instigatore mediante un *consilium delinquendi* generalmente gittato là, ma soltanto per via di un *consilium speciale cum sollicitatione* (67). Al contrario discorsi e scritti, che non risparmino biasimi al governo ed alla constituzione esistente, esaltino un altro

(65) Conf. Hans Observat. sur le projet du code belge tom. II. p. 27. Chauveau l. c. chap. XVII. §. 1.

(66) Conf. Rosshirt nel nuovo arch. di dir. crim. tom. IX. p. 165.

(67) « *Consilium. autem dare videtur, qui persuadet, et impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum.* L. 50. §. 3. D. *de furtis.*

sistema politico o sieno diretti a richiamare l'attenzione del popolo su di abusi reali, o supposti, della pubblica amministrazione, e ad ingerirgli il desiderio di una mutazione, potranno punirsi come ingiurie e libelli famosi, ma non mai come tentativi di alto tradimento (68). Anche il prendere per delitto il così detto eccitamento indiretto all'odio ed al disprezzo del governo (69) potrebbe esporre ad un'applicazione egualmente abusiva, e divenire la tomba di ogni schietta manifestazione dell'opinione; perchè si potrebbe comprendere sotto questa larga idea anche qualunque sincera disapprovazione d'un sistema politico, che fosse realmente cattivo. Tutta quanta la base di questo supposto delitto, secondo Bauer, è falsa. Essa in fatti consiste nell'ammettere, che il disapprovatore di un atto governativo, o dell'ordine pubblico, eccitando indirettamente i cittadini allo scontento ed alla resistenza, possa realmente produrre l'uno e l'altro effetto. Anche ammettendo per altro, che con quella disapprovazione andasse congiunta una tale intenzione, la mancanza di un'azione ingiusta esternamente riconoscibile impedisce di sottoporre a una pena la semplice tendenza.

Ma se può esser punita la sola provocazione a cospirare, tuttochè non abbia avuto conseguenze (*la proposition faite et non agréée*), tanto più si dovrà riguardare come tentativo punibile la cospirazione già formata, benchè non si voglia considerare qual principio d'esecuzione, nè qual consumato delitto (70). Contro

(68) Feuerbach dell'alto tradimento p. 59. Rosshirt l. c. p. 133. Mittermaier negli elem. di Feuerbach §. 168. nota 1.

(69) V. Bauer Casi criminali num. 1. p, 80-85. Mittermaier l. c. nota 2.

(70) Che ancora oggidì si sostenga, essere la congiura un delitto consumato, non fa meraviglia in quelli, che non vogliono

questo principio sono state elevate le stesse obiezioni, dedotte dalla fallacia della prova, e dalla possibilità di un inganno, le quali, secondo alcuni, dovrebbero dimostrare il pericolo di punire una semplice provocazione di alto tradimento (71): ma da tutto ciò conseguita solamente, che il giudice non dee troppo facilmente ammettere una cospirazione contro gli elementi essenziali dello Stato, e che la legislazione dee fermare certe limitazioni e molto precise disposizioni. Prescindendo dalle condizioni generali di una cospirazione, occorrerebbe a) che questa, ad effetto che si potesse considerare di alto tradimento, avesse uno scopo ed un oggetto determinato, che fosse veramente compreso entro la periferia di questo delitto. Quindi quelle associazioni, anche segrete e molto ramificate, che fossero unicamente dirette ad introdurre un ordine creduto migliore nello Stato, promovendo l'instruzione politica del popolo, ed inspirandogli il desiderio d'un altro pubblico reggimento, per quanto possano, come illecite, soggiacere ad una pena, e meritino di essere impedite, o disciolte, per via del pericolo, in cui pongono la condizione presente, non si vogliono considerare come cospirazioni di alto tradimento. Inoltre b) dee comparir chiaro ed indubitato *l'animus hostilis*, cioè l'intenzione di pervenire allo scopo

riconoscere alcun tentativo di alto tradimento, o dichiarano il tentativo egualmente punibile della consumazione: ma non si sa comprendere, come la stessa opinione sia difesa ancora da alcuni di coloro, che rigettano quell'opinione sommamente arbitraria inconseguente, ed ingiusta.

(71) Conf. Rossi l. c. liv. II. chap. 27. Le censure dell'idea indeterminata del *complot* nell'art. 86 del *code pénal* sono giuste. « *Il y a complot dès que la resolution d'agir est concertée et arrêtée entre deux ou plusieurs personnes.* Conf. Chauveau l. c. chap. XVII. §. 2 Mittermaier Elem. di Feuerbach §. 468. nota f.

desiderato per una via ingiusta ed incostituzionale. Si richiede dunque una risoluzione fondata su di un piano già disegnato, e provveduta di certi mezzi, ad effetto di operare per lo scopo delittuoso, o ad un tempo determinato, o al momento opportuno. E le azioni de' congiurati possono essere ora preparatorie (72), ora esecutive (73); onde in questo punto si presentano diversi gradi di criminosa attività, o di tentativo di alto tradimento (74). Non è necessario, che esista un patto di società disteso in scritto, e firmato dai membri, o che i collegati si sieno stretti solennemente con giuramento, sebbene simili circostanze possano naturalmente facilitare la prova dell' *animus hostilis*. All' incontro l' idea, eventualmente manifestata dall' uno o dall' altro membro, di usare la forza quando per le vie legali non si giugnesse al fine desiderato, non basterebbe ad ammettere una cospirazione di alto tradimento, come non si possono chiamar sollevati coloro, i quali pregano l' autorità a ritirare una disposizione, ancorchè avessero l' intenzione di ricorrere alla violenza, dove ogni petizione riuscisse infruttuosa (75).

(72) Esempigrazia la provvista dell' armi, l' esercitazione nell' uso di esse, l' eccitamento del popolo per mezzo di scritti, che risveglino irritazione, la seduzione dei soldati, la diffusione di false nuove ec.

(73) V. sopra.

(74) Chauveau l. c.

(75) Conf. Waechter Archivio di dir. crim. anno 1835 p. 478., e la mia dottrina del conato p. 270. e seg.

§. 5.

II. *Diritto comune positivo.*

A. *Disposizioni del diritto romano.*

1. *Esso non contiene alcuna legge generale, che minacci di pena tutti gl' intraprendimenti di alto tradimento.*

Le moderne investigazioni sopra la punizione del delitto tentato secondo il diritto romano hanno mostrato, che questo non contiene alcuna distinzione formale fra conato e consumazione, e che manca di una disposizion generale contro il tentativo delittuoso (76). Così la regola, introdotta nel diritto romano dai glossatori, che la medesima pena colpisca il conato e la consumazione almeno *in criminibus atrocioribus*, o, come si è detto comunemente più tardi, *in publicis judiciis*, non è appoggiata ad alcuna ferma base; tuttochè non si possa negare, che molte *leges* sottoponessero alla medesima *poena legitima* le azioni, che noi riputiamo tentativi di un dato delitto, e quelle nominate nella stessa *lex*, e che si presentano come consumati delitti. Si vuol creder piuttosto, che appresso i Romani si potesse intentare un accusa per via di un commesso delitto (consumato o tentato nel nostro senso) solamente quando l'azione fosse minacciata espressamente di pena in una delle *leges publicorum judiciorum*, alle quali si riferiva ancora il *vindicare ad exemplum legis*, ossia l'analoga applicazione di una minaccia penale ad un caso intieramente simile (77), o quan-

(76) Luden del conato a delinquere, Gottinga 1836 p. 10. V. la mia dottrina del conato par. I. §. 64. e segg. e §. 75. e segg.

(77) Modestino avverte i giudici a punire solamente ciò, *quod ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est* L. 7. §. 3. D. *ad L. Jul. Maj.* inoltre bisogna rammentarsi del *quasi incendiarius* a tenore della L. 10. D. *ad L. Corn.*

do quell'attività criminosa, da noi appellata conato, si potesse riportare sotto l'idea di un *crimen extraordinarium*, e specialmente di un titolo ausiliare di molta estensione, come lo *stellionatus* e la *injuria* (78). Laonde non si poteva parlare di una punizione del tentativo, come tale, nel *crimen majestatis* e nella *perduellio*: e siccome in questo delitto non si trattava di applicare un'idea generale enunciata dalla legge, o stabilita dalla scienza e dalla pratica (79), ma piuttosto di vedere, se una data azione si dovesse punire secondo le parole della *Lex Julia*, o *ad exemplum legis*; così il fermare la regola, che non è dato di ritrovare in alcun luogo, che il diritto romano punisca i più remoti tentativi di maestà come la consumazione, dimostra la totale ignoranza dei principj fondamentali di esso. A ciò si suole opporre, che la L. 5. Cod. *ad L. Jul. Maj.* contiene evidentissimamente questa regola nelle parole « *eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum, puniri jura voluerunt* »;

de sic., dell' analoga estensione delle *Leges Juliae de vi*, e della *Lex Corn. de falsis*, per cui si spiega l'espressione *quasi-falsum*. L. 1. §. 13 L. 27. pr. D. *ad L. Corn. de falsis*. Conf. la mia dottrina del conato par. I. p. 115. nota 1. p. 119. nota 5. e 6.

(78) Conf. Luden del conato del delitto p. 10. e segg., e la mia dottrina del conato §. 64. e segg.

(79) Finora si è sempre voluta trovare una generale definizione della *perduellio* nella L. 11. D. *ad L. Jul. Maj.*: ma quando Ulpiano, rispetto agli effetti del delitto perseveranti dopo la morte del delinquente, distingue il *reus perduellionis* da quello, *qui ex alia causa Legis Juliae majestatis reus est*, e dà per carattere del primo, ch'egli sia *hostili animo adversus rempublicam vel principem animatus*, può essere stata intenzione del giureconsulto il contrassegnar solamente i casi della *Lex* appartenenti alla *perduellio*, ed anche modernamente si è detto con tutta giustizia, che quella definizione non si deve estendere al di là della fonte da cui è stata attinta. Conf. Welske il *crimen majestatis* dei Romani p. IX. e segg. Hepp Disposizioni del dir. rom. sull'alto tradimento, nell'archivio di dir. crim. anno 1837. p. 381.

che dice il medesimo l'espressione *qui cogitaverit* della stessa constituzione; e che l'imperator Giustiniano, enumerando i *publica judicia*, pone alla testa di tutti la *Lex Julia maiestatis, quae in eos, qui contra imperatorem, vel rempublicam, aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit* (80): ma tutto ciò, che si può ricavare in genere da questi passi, non è altro che la disposizione negativa, per cui, dietro la *Lex Julia majestatis*, non si richiede il conseguimento dello scopo delittuoso per incorrere nella pena legale. Qual motivo in fatti ci autorizza ad inferire da ciò la positiva conseguenza, che la legge sottoponga alla medesima pena della consumazione qualunque intraprendimento anche remotissimo, giacchè si è avuta l'umanità di non prendere alla lettera le parole *voluntas, cogitare, e moliri* (81)? Da quando in qua si vuol porre in luogo della legge la ragione, che il legislatore adduce per giustificare una disposizione? Da quando in qua si ammette, che un'espressione inesatta e generalissima delle Instituzioni abbia maggior valore della fonte, da cui è stata attinta? Forse la L. 5. Cod. cit. dispone generalmente, che ogni intraprendimento anche remotissimo *contra rempublicam vel principem*, a cui sia data opera con animo ostile, debba punirsi di morte? Mai nò. Questa legge contiene piuttosto un caso speciale, della cui penalità si potea dubitare secondo il diritto an-

(80) Qui si potrebbe riferire ancora la Nov. 117. c. 8. e 9., dove Giustiniano fa parola del caso, in cui l'uomo o la donna *contra imperium cogitaverit*, e la L. 8. Cod. *ad L. Jul. Maj.* (frammento di Marciano), la quale, rispetto alla confisca de' beni del perduelle, dice: « *nam ex quo* sceleratissimum quis consilium cepit, *exinde quodammodo sua mente punitus est* ». Conf. anche la L. 6. Cod. *de divers rescr.*, ed a questo proposito Heffter Elem. di com. dir. crim. germ. §. 215.

(81) Cropp *de praecept. jur rom. circa puniend. con.* sect. II. p. 23. e seq.

teriore, ed in cui gl' imperatori Arcadio ed Onorio giugiustificano l' equiparazione dell' intraprendimento e della consumazione, affermando, che ciò era di diritto anche a tenore delle leggi precedenti. Non sarà dunque superfluo il ricercare, quali fossero gli *jura*, a cui si riportano gl'imperatori. Anzi tutto per altro dobbiamo gettare uno sguardo sulla disposizion della legge.

« *Quisquis cum militibus, vel privatis, vel barbais scelestam inierit factionem,* vel factionis *ipsius susceperit sacramentum vel dederit; de nece etiam virorum illustrium, qui consiliis et consistorio nostro intersunt, senatorum etiam (nam et ipsi pars corporis nostri sunt), vel cuiuslibet postremo, qui nobis militat, cogitaverit (eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum, puniri jura voluerunt), ipse quidem, utpote majestatis reus, gladio feriatur, bonis eius omnibus fisco addictis. Filii vero ec.* »

Formano l'oggetto della legge, come dicono chiaramente le parole del suo principio, le congiure contro la vita dell' imperatore, dei membri del concistoro imperiale, dei senatori, e dei primarj impiegati imperiali. Noi diciamo dell' imperatore, perchè non sarebbe giusto riferire la legge solamente agli altri. Le parole *scelesta factio*, che si presentano nel primo membro, si debbono intendere, com'è palese, di una congiura diretta contro l'imperatore. Se la legge non parlasse di lui, le parole *de nece etiam virorum illustrium*, e le altre *nam et ipsi pars corporis nostri sunt* (82) mancherebbero della necessaria relazione. All'incontro è certo, che quanto ordina di nuovo la constituzione consiste nell'equi-

(82) Quindi viene a cadere l' opinione, altresì contraria all' istoria, che le disposizioni esorbitanti della L. 5. cit. rispetto alla punizione dei figli innocenti, si debbano ristringere alla sola intenzione di uccidere i *viri illustres*.

parare la congiura contro i nominati impiegati alla *scelesta factio* contro l'imperatore. Imperocchè, secondo l'antico diritto, cadeva sotto la *Lex Majestatis* solamente la congiura contro la vita di un *magistratus populi romani* (83), e conseguentemente dell'*imperator*, dopo che questi ebbe riunite in sè le supreme dignità della repubblica, per modo che noi non sappiamo vedere, che vi fosse il bisogno di estendere espressamente la *Lex Majestatis* all'*imperator*. Viceversa potea considerarsi necessaria un'estensione a riguardo dei dignitarj imperiali nominati nella legge, come quelli che non erano *magistratus populi romani*, od almeno non avevano *imperium*. Gl'imperatori pertanto poteano dir con ragione: *eadem enim severitate voluntatem* ec; perocchè ancora l'antica *Lex Majestatis* equiparava il *consilium initum* all'*effectus*: nel che si perseverò pure quando la pena della morte fisica subentrò alla pena della morte civile (84). Per gli *jura*, a cui si fa allusione, si debbono dunque intendere le antiche *Leges Majestatis*, nè si presenta alcuna ragion sufficiente per rivolgere il pensiero alla *Lex Cornelia de sicariis* (85).

La connessione adunque della L. 5. Cod. cit. col diritto anteriore dimostra abbastanza, che gl'imperatori

(83) Nella L. 1. §. 1. D. *ad L. Jul. Maj.* Ulpiano dice « *cuius* « *opera, consilio dolo malo* consilium initum erit, quo « quis magistratus populi romani, quive imperium potestatemve habet, occidatur.

(84) Conf. Paulus S. R. lib. V. tit. 29. §. 1.

(85) Conf. la mia dottrina del conato par I. §. 77. nota 5. Ma ogni trama contro la vita altrui dovrebbe allora cadere sotto la *Lex Cornelia*, il che non si desume dalla disposizione relativa all'*ambulare cum telo*. Solamente in alcuni casi era punibile la trama, formata con certi mezzi e con certi fini V. Paulus S. R. lib. V. tit. 23. §. 15. L. 1. pr. L. 3. §. 4. L. 15. D. *ad L. Corn. de sic.*

Arcadio ed Onorio non fecero di nuovo che porre altre persone sotto la protezion della legge (86). Ciò che la legge contempla si è la congiura contro la vita degl'imperatori, e de' più alti impiegati dell' impero. E siccome il diritto romano non contiene alcuna regola generale sulla punizione del tentativo, così, quand' anche si volesse considerar la congiura come consumato delitto, non si può dire, che questa legge sottintenda la punibilità delle azioni, che precedono la congiura. Di queste anzi, o si dee ritrovare una comminazione speciale, o per la loro qualità esterna debbono potersi riportare sotto un' altra legge penale, qual sarebbe esempigrazia la *Lex Julia de vi*. Nel diritto romano adunque è di grande importanza l' imparare a conoscere le singole azioni sottoposte alla *Lex Majestatis*, le quali noi siamo soliti di contemplare come tentativi delittuosi. E questa cognizione è di gran momento ancora nell' odierno diritto; perocchè dove noi, declinando dai principj generali, riconosciamo la penalità delle semplici preparazioni, fa di mestieri, che queste vengano ristrette ai casi speciali comminati dal diritto romano.

§. 6.

2) *Disposizioni particolari del diritto romano.*

Concordemente ai principj generali esposti di sopra, le azioni, che per diritto romano soggiacciono alla pena

(86) Sarebbe stato superfluo l'enumerare così specialmente nel titolo delle pandette i singoli casi, che cadono sotto la *L. Julia Maj.*, se la L. 5. Cod. avesse realmente contenuto la proposizion generale, che vi si vuole includere. Da che fu ricevuta questa idea, non si pensò più alle altre disposizioni del diritto romano, e si ebbe ricorso alla sola L. 5. Cod. cit.

legale della maestà, e che noi dobbiamo considerare come conati delittuosi, sono le seguenti.

1) L'eccitamento di altri alla sollevazione ed alla ribellione contro lo Stato L. 1. §. 1. in f. D. *ad L. jul Maj.* « *Quive milites solli-* « *citaverit, concitaveritve, quo seditio tumultus* « *adversus rempublicam fiat* ». Non qualunque eccitamento cade dunque sotto la *Lex Majestatis*, ma solamente quello *adversus rempublicam*, cioè contro lo Stato, od i suoi elementi essenziali. Il passo parla soltanto di eccitamento di soldati, come il più pericoloso alla *respuplica:* ma è certo, che il reato non si dee ristringer così. *Ad exemplum legis* dee riguardarsi punibile anche l'eccitamento di persone non militari (87), e Paolo S. R. lib. V. tit. 22. §. 1. dice espressamente: « *auctores* « *seditionis et tumultus, vel concitatores populi,* « *pro qualitate dignitatis aut in crucem tolluntur, aut bestiis objiciuntur, aut in insulam deportantur* ». Sembra certamente, che in questo luogo si parli degl'instigatori di una sollevazione realmente avvenuta, ed anche nella L. 1. §. 1. cit. si potrebbe pensare, che si trattasse d'un eccitamento di soldati con effetto. E di questo parere è stato Luden (88), il quale intende le parole *sollicitare e concitare* nel senso di una seduzione riuscita; perchè in tal significato si usa il verbo *sollicitare* rispetto all'adulterio nella L. 1. pr. D. *extraord. crim.*, e nella L. 5. Cod. *ad L. Jul. Maj.* è minacciato solamente colui, *qui cum militibus scelestam inierit factionem.* Ma queste ragioni non sono sufficienti. Dal parlare, che fa la L. 5. *Cod.* semplicemente di una congiura formata, non seguita,

(87) Conf. Cropp de praec. jur. rom. circa puniend. conat. sect. II. p. 19.

(88) Del conato del delitto p. 230.

che gl'imperatori non riguardassero punibile l'eccitamento alla ribellione: e noi crediamo, che ancora le espressioni *sollicitatores alienarum nuptiarum*, e *matrimoniorum interpellatores* non si debbano ristringere ad una seduzione riuscita, quando specialmente ci conduce in tale opinione la dichiarazione di queste parole, che ci si offre in un altro luogo (89). *Sollicitare* allora equivarrebbe a *corrumpere*, esempigrazia nell' *actio servi corrupti*, la quale in origine presuppone una seduzione riuscita (90), tuttochè Giustiniano abbia equiparato in un caso il tentativo andato a vuoto alla corruzione avvenuta (91). Quegli forse, che in Roma eccitasse una moltitudine riunita, o i soldati nel campo, a detronizzare l'imperatore, non doveva considerarsi come *reus majestatis*, ancorchè non trovasse aderenti, e fosse arrestato nel fatto (92)? — Le leggi all'incontro non parlano che dell' eccitamento di una moltitudine di soldati, o di cittadini: in conseguenza di che sarebbe più ragionevole il dubitare, se chi proponesse segretamente ad un solo individuo di formare una cospirazione di alto tradimento, e non trovasse corrispondenza (*proposition faite et non agréée de former un complot*), debba per diritto romano soggiacere alla pena della perduellione.

È certo, che il diritto romano richiede per la ribel-

(89) L. 5. §. 15 et seq. et. §. 20. D. de injur. « *Appellare est* « *blanda oratione alterius pudicitiam adtemptare*. §. 22. *Appel-* « *lat enim qui sermone pudicitiam adtemptat; adsectatur qui* « *tacitus frequenter sequitur* » Conf. anche §. 1. Instit. *de injur.*, e Gaio com. III. §. 198, che usa appunto il verbo *sollicitare* nel senso di una seduzione non riuscita.

(90) Gajus l. c.

(91) L. 20. Cod. *de furtis*. §. 8. Inst. *de oblig. quae ex del. nasc.*

(92) Conf. Zirkler dell'alto tradim. p. 215.

lione a) una chiara e determinata provocazione. L'ammissione, altresì contraria ai principj generali, di un delitto di eccitamento indiretto, non è sostenuta da alcun passo del diritto romano. Ciò che si trova detto della seduzione all'incontinenza (93) « *qui turpibus verbis utitur, non temptat pudicitiam* » si applica per analogia ancora a colui, che per mezzo di parole manifesta odio e disprezzo del governo. Il *maledicere temporibus principis* o cade sotto la L. un. Cod. *si quis imp. mal.*, od è un' ingiuria contro lo Stato ed i suoi impiegati.

Inoltre b) la serietà della delittuosa intenzione non debb'esser dubbia. « *Hoc tamen crimen* (dice Modestino) « *a judicibus non in occasionem ob principalis majestatis* « *venerationem habendum est, sed in veritate; nam et* « *personam spectandam esse, an potuerit facere, et an* « *ante quid fecerit, et an cogitaverit, et an sanae mentis* « *fuerit; nec lubricum linguae facile ad poenam* « *trahendum est* (94) ». La provocazione dunque non debb' essere semplicemente una manifestazione inconsiderata di una passionata effervescenza, ma dee dimostrare una risoluzione stabilmente formata. La comunicazione di un piano maturamente disegnato, e dei mezzi esecutivi, dee fornire la prova, che il provocante non manca di coraggio e di ferma volontà di effettuare il delitto. Il diritto romano, così screditato in questa dottrina, perchè si sono confuse le sue massime con gli abusi di alcuni despotici imperatori, ci dà un' ammonizione, che non si potrebbe mai apprezzare abbastanza anche dai giudici odierni, e che è stata sovente dimenticata nella legislazione e nella pratica. « *Tanti enim criminis reus* (dice Paolo ai giudici) *non obtentu adula-*

(93) L. 15. §. 21. D. *de injur.*
(94) L. 7. §. 3. D. *ad L. Jul. Maj.*

« *tionis cuiusdam, sed ipsius admissi causa puniendus* « *est* (95) ».

2) Anche l'eccitamento di un nemico esterno alla guerra contro la patria, la promessa e l'intraprendimento non riuscito di soccorrerlo, del pari che il tentativo di trapassare ad esso, sono conati, che cadono sotto la *Lex Julia Majestatis*. L. 1. §. 1. D. *ad L. Jul. Maj.* « *Quire hostibus populi romani nuntium, literasve miserit, signumve dederit, feceritve dolo malo, quo hostes populi romani consilio juventur* » — L. 3 eod. « *Qui hostem concitaverit* » — L. 4. « *utve ex amicis hostes populi romani fiant* » — L. 2 eod. « *Qui exercitum deseruit, vel privatus ad hostes perfugit* » — L. 3. eod. « *Qui exercitum deseruerit* » in connessione con la L. 2. §. 11. D. *de re mil.* « *Et is, qui volens transfugere apprehensus, capite punitur* ». Il diritto romano conferma pure ciò che da noi venne affermato di sopra, che cioè la semplice scrittura di una lettera (e lo stesso si dovrebbe dire di una parlata di alto tradimento) non dee considerarsi ancora come punibile. Imperocchè la legge richiede, che la lettera sia spedita, o consegnata al *nuncius*. Cropp sostiene il contrario, perchè parte dal falso supposto, che il diritto romano abbia riguardo alla sola esistenza della volontà delittuosa (96). Anzi tutto in fatti il diritto romano osserva, se si presenti un'azione esterna, la quale cada sotto la legge, e solamente in questo caso vuole applicato il principio *dolus pro facto accipitur*, il quale significa semplice-

(95) Rec. sent. lib. V. tit. 29. §. 2.

(96) de praec. jur. rom. circa puniend. conat. sect. II. p. 17. « *Sed cum dolus in hoc crimine pro facto accipiatur* . . . . . *satis* « *esse crediderim, si harum rerum committendarum consilium fo-* « *vere convictus fuerit, v. g. si literas composuisse deprehensus* « *sit, etiamsi tabulario eas nondum dederit.* » V. in contrario Luden l. c. p. 237.

mente, che non si esige, che l'azione abbia raggiunto lo scopo pigliato di mira, e perciò che non si esige neppure, che la lettera sia stata effettivamente recapitata, od abbia arrecato qualche vantaggio al nemico. Nemmeno la volontà di fuggire, e il precedente apparecchio della fuga, può riputarsi sufficiente. La legge dice *qui exercitum deseruerit*: e sebbene sia minacciato di morte colui, *qui volens transfugere apprehensus est*; dalla L. 225. D. *de V. S.* (97) risulta chiaramente, che ivi si contempla la fuga già incominciata (98).

3) Noi dobbiamo far menzione ancora dell'uccisione tentata da un individuo contro l'imperatore, o contro una delle persone, che dalla L. 5. *Cod. cit.* sono equiparate in questo rispetto all'imperatore. Ma prescindendo dalla pena, o piuttosto dalle conseguenze della medesima, non ebbe luogo in questo proposito, per quanto concerne il conato o il punto di principio della sua penalità, la menoma declinazione dai principj della *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* (99). Nulla ci autorizza ad ammettere, che i Romani in questo rispetto andassero più oltre: e

(97) « *Qui ipso facto fugae initium mente deduxerit* ».

(98) V. la mia dottrina del conato par. I. p. 219 Luden l. c. p. 237.

(99) Ciò è riconosciuto ancora da Cropp l. c. sect. II. p. 22. Che del resto debba soggiacere alla pena di morte colui, *qui de salute principis, vel de summa reipublicae mathematicos, ariolos, aruspices, vaticinatores consulit*, cum eo, *qui responderit* (Paul. S. R. V. 21. §. 3. Coll. leg. mosaic. tit. XV. §. 2.) è questa una disposizione, che in parte si spiega in virtù del timore dell'influenza di simili predizioni sulla credula moltitudine — *ne humana credulitate publici mores ad spem alicuius rei corrumperentur*, ed in parte non annunzia una singolarità limitata alla protezione dell'imperatore. Imperrocchè la pena di morte colpisce ancora gli schiavi, *si de salute domini consuluerint* (Paul. l. c.), e parimente tutti coloro, *qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent, defigerent, obligarent, fecerint, faciendave curaverint*. (Paul. V. 23. §. 15.)

si può tanto meno ricorrere alla proposizione *eadem enim severitate* ec., per ravvisarvi una singolarità, in quanto che nell'omicidio ebbe generalmente vigore, secondo la *Lex Cornelia*, la massima *dolus pro facto accipitur*, la quale certamente non vuol dire, che tutto dipenda dalla semplice esistenza del dolo. Dall'istante adunque, in cui, a tenore della *Lex Cornelia*, incomincia ad esser punibile il conato d'omicidio per mezzo di veleno, o di armi mortifere, dallo stesso momento, e non prima, principia ancora la penalità della tentata uccisione dell'imperatore.

4) Finalmente la congiura, o la cospirazione di alto tradimento, la quale appartiene alla periferia del tentativo, è particolarmente rilevata nel diritto romano, e sottoposta, insieme coi casi già menzionati, alla medesima pena del fatto consumato. La L. 5. Cod. *ad L. Jul. Maj.* parla solamente della congiura contro la vita dell'imperatore, e delle persone ad esso equiparate. Ma la penalità della cospirazione di alto tradimento non si dee ristringere a questo caso, avvegnachè ancora le trame dirette al rovesciamento della constituzione, e a favorire un nemico straniero, sieno comprese sotto le comminazioni penali della *Lex Julia Majestatis* — L. 1. D. h. t. « *Cujus opera dolo malo consilium* « *initum erit, quo obsides injussu principis intercide-* « *rent; quo armati homines cum telis lapidibusve in urbe* « *sint, conveniantve adversus rempublica, lo-* « *cave occupentur vel templa, quove coetus conven-* « *tusve fiant, hominesve ad seditionem convocentur; cuius-* « *ve opera consilio dolo malo consilium initum erit,* « *quo quis magistratus populi romani, quive imperium, po-* « *testatemve habet, occidatur*, ec. — L. 3. in f. eod. *Quive* « *quid eorum, quae superscripta sunt, facere curaverit* « — L. 4. *Cujus dolo malo jurejurando quis adactus est,* « *quo adversus rempublicam faciat* ec. ». Nè si creda, che

da queste comminazioni penali fossero colpiti i soli instigatori della congiura; perocchè si può osservare, che la cospirazione è stata formata *opera consilio dolo malo* anche degli altri partecipanti ed ausiliatori. Sarebbe del pari inesatto l'affermare, che i diversi fini indicati nella legge dovessero essere stati effettivamente raggiunti. Le addizioni *quo quis magistratus occidatur, quominus hostes in potestatem populi romani veniant, quo hostes populi romani commeatu aliave qua re adjuti erunt, utve ex amicis hostes populi romani fiant,* sono unicamente ordinate ad indicare la richiesta direzione della criminosa cospirazione, non la necessità dell'avvenuto successo. Da tutte queste addizioni risulta fuor di dubbio, che la cospirazione di alto tradimento, ad effetto di soggiacere alla pena della perduellione, presuppone l'esistenza di un piano già disegnato, diretto all'applicazione di mezzi determinati, più o meno pronti, e realmente pericolosi. Quindi le riunioni con tendenze politiche, le società, che si sono proposte di sviluppare e di stabilir dei principj, che declinano da quelli che sono dominanti nello Stato, e la cui diffusione può alterare a poco a poco la constituzione, o il sistema esistente, non si possono riportare sotto le leggi romane, che contemplano la cospirazione di alto tradimento; perocchè in tutto ciò non rimane esclusa la possibilità di una mutazione legale o constituzionale. Niuno certamente biasimerà quel governo, il quale coi mezzi, che sono a sua disposizione, cercherà d'impedire la diffusione di quelle massime, che gli minaccian pericolo: ma non si dee per altro ricorrere al diritto romano per attribuire a siffatte riunioni un carattere di alto tradimento, che secondo i principj razionali del dritto veramente non hanno (100). Il diritto romano

(100) Conf. Zirkler dell'alto tradim. p. 197. e segg. 297. e segg.

nuovo ha certamente sottoposto i *coetus et conventus illiciti*, e perciò anche quelli con tendenze politiche, alla medesima pena, che colpisce coloro, i quali hanno occupato luoghi pubblici con gente armata (101); con che si addita senz' altro una disposizione della *Lex Julia Majestatis* (102): ma da ciò non seguita, che ne sia stata equiparata l'idea. Ed il vedere, che qui si parla di un *crimen extraordinarium* fa presumere, che la *poena* non fosse più che *arbitraria*, e che Ulpiano, mediante un' analogia non conveniente del tutto, volesse fornire al giudice una norma per la giuridica valutazione di simili società illecite. D'altra parte la *Lex Majestatis* minacciò tante azioni non appartenenti alla *perduellio*, che dal veder riportato un caso sotto di questa legge non è permesso inferire la natura perduelle del medesimo. Nel diritto odierno per vero dire la pubblica penalità di società segrete d'indole politica non può mettersi in dubbio: ma la pena è arbitraria, ed in ogni caso non si può in esse riconoscere alcun tentativo di alto tradimento, fintantochè non presentino i menzionati caratteri della cospirazione.

Da tutto ciò risulta, che il diritto romano non contiene in alcun modo la regola generale di punire, con la medesima severità dell'effetto, qualunque intraprendimento anche remotissimo, animato da intenzione perduelle, o qualunque manifestazione di volontà criminosa (103): ma che richiede anche in questo titolo, che si presenti l'essenza di fatto legalmente determinata, ovvero

(101) Ulp. in L. 2. D. de colleg. et corpor. « *Quisquis illicitum collegium usurpaverit, ea poena tenetur, qua tenentur qui hominibus armatis loca publica vel templa occupasse judicati sunt* ».

(102) Zirkler l. c. p. 218.

(103) Concorda anche Hefftor l. c. §. 215.

un' azione eguale, o almeno similissima a quella minacciata dalla legge. È vero per altro, che non si trovano distinti alcuni gradi di penalità rispetto alle azioni, che cadono sotto la legge; perocchè la pena, salva la differenza fra il *perduellionis reus* ed *il reus ex alia causa Legis Juliae* (104), era la stessa per tutti i fatti sottoposti alla *Lex Majestatis*, od equiparati ai medesimi.

§. 7.

B. *Antico diritto germanico.*

Tacito narra (105), che gli antichi Germani appendevano agli alberi i traditori e i disertori, per render noto il loro delitto: ed anche nelle leggi posteriori troviamo minacciati di morte i trattati proditorj col nemico, ed i trapassamenti al medesimo, con una più precisa designazione delle azioni, che a questi capi si riferiscono (106), e che cadono pure nella periferia del semplice tentativo. Parimente l'eccitamento alla sollevazione, è castigato da varie leggi (avuto riguardo, per quanto pare, al successo) con la multa, o con la morte (107): e le leggi germa-

(104) Conf. L. 11. D. *ad L. Jul. Maj.*

(105) De mor. German. c. 12.

(106) Lex Bajuvar. tit. 2. c. 1. §. 3. « *Si quis inimicos in « provinciam invitaverit, aut civitatem capere (capi?) ab « extraneis machinaverit — tunc in ducis potestate vita « ipsius et omnes res eius et patrimonium* » — Rotharis LL. c. 3. « *Si quis forte provincias fugere tentaverit, mortis in- « currat periculum, et res eius infiscentur* - c. 4. *Siquis inimicum « publicum intra provincias invitaverit* aut *introduxe- « rit, animae suae incurrat periculum* ».

(107) Lex Bajuvar. tit. II. cap. 3. « *Si quis seditionem excitaverit contra ducem suum — componat duci sexcentos so- « lidos. Alii homines, qui rem secuti sunt illi similes, et consilium « cum ipso habuerunt, unusquisque cum ducentis solidis componat.*

niche vanno sempre d' accordo col diritto romano nel minacciare di morte la semplice congiura contro la vita del re o del duca, del pari che il tentativo d' omicidio contro il particolare (108). Ma una regola generale sulla penalità dell'alto tradimento tentato manca del tutto (109), e tanto meno si potrebbe rintracciare, in quanto che nelle leggi germaniche non è dato neppure di ritrovare l'idea

« *Minores populi, qui eum secuti sunt, cum quadraginta solidis* « *componant* « — Rotharis LL. c. 6. « *Si quis foris in exercitu* « *seditionem levaverit. — mortis incurrat periculum* « — Edict. Theodor. c. 107. « *Qui auctor seditionis, vel in* « *populo, vel in exercitu fuerit, incendio concremetur* ».

(108) Lex Saxon. tit. iii. c. 1. « *Qui in regnum vel regem* « *Francorum vel filios eius de morte consiliatus fuerit,* « *capite puniatur* « — Lex Ripuar. tit. LXIX. c. 1. « *Si quis homo regi infidelis extiterit, de vita componat et omnes* « *res eius fisco censeantur* » — Lex Bajuvar. tit. ii. cap. 1. §. 1. « *Si quis contra ducem suum — de morte eius consiliatus fuerit, in ducis sit potestate homo ille, et vita illius* « *et res eius infiscentur in publico* » — Rotharis LL. c. 1. « *Si* « *quis contra animum regis cogitaverit, aut consiliatus fuerit, animae suae incurrat periculum et res eius infiscentur* « — Lex Alamannor. tit. XXIV. « *Si quis in mortem ducis* « *consiliatus fuerit—aut vitam perdat, aut se redimat, sicut dux* « *aut princeps populi judicaverunt* ».

(109) Anche un passo del diritto feudale longobardico II. Feud. 57., dove sono enumerati i principalissimi casi di fellonia, è stato usato per piantare la regola, che ogni manifestazione di criminosa volontà sia punibile. « *Si vassallus inhonestis factis atque indecentibus machinationibus dominum suum offenderit, insidiisque* « *eum clandestinis vel manifestis appetiverit, vel inimicis eius* « *suas amicitias copulaverit, atque in aliis sic versatus est, ut* « *potius inimicus, quam fidelis esse credatur — feudo privabitur* ». Ma d' altra parte nel II. Feud. 51. §. 2. si legge: « *Si* « *voluerit vassallus hominem offendere, sed non laboraverit, feudum non amittit* ». Gerardus et Obertus: « *Similiter* « *etiam si laboraverit, non amittit feudum, nisi insidiatus ei fuerit, et hoc probatum fuerit* ». Conf. la mia dottrina del conato par. I. p. 167.

del delitto nell'estensione del diritto romano. Si cercherebbe dunque indarno una conferma della regola, che ogni manifestazione della volontà criminosa soggiaccia all'intiera pena. Imperocchè da un lato sono minacciate di pena solamente certe azioni determinate, e dall'altro lato queste azioni non sono da considerarsi come intraprendimenti remotissimi, tanto più che dal sistema probatorio del processo germanico derivava, che l'accusa non si potesse basare, che su di fatti, i quali per la loro esterna qualità non lasciassero dubbio sopra l'intenzione. Per lo che, se noi riferiamo al tentato omicidio del particolare il verbo *cogitaverit*, che s'incontra una volta sola, non bisogna prenderlo alla lettera, e il *consiliatus fuerit*, che ritorna più spesso, fa d'uopo intenderlo nel senso di una congiura già maturata.

§. 8.

C. *Pratica del medio evo.*

È noto, che i glossatori crederono di trovare nel diritto romano la regola, che il conato dei *crimina atrociora*, ai quali dovea naturalmente riferirsi prima d'ogn'altro il delitto di maestà, sia punito con lo stesso rigore della consumazione (110). Per quanto fosse un errore l'attribuire un sì fatto principio generale al diritto romano, perchè si sarebbe dovuto parlar solamente di alcuni delitti; pure è manifesto, che così non si venne ad affermare una massima, che fosse singolarmente propria dell'alto tradimento. Si riconobbe pure, con poche

(110) V. i passi della glossa, che si riferiscono a ciò, nella mia dottrina del conato par. 1. §. 56, e nello scritto di Luden p. 402. e 403.

eccezioni, che le parole *moliri cogitare* ec., che s'incontrano così spesso nel *crimen majestatis*, non si doveano interpretare letteralmente (111). Allorchè inoltre i pratici italiani, riconoscendo d'ordinario la giustizia della teorica della glossa, aggiungono, che la disposizione del diritto romano intorno all'eguale penalità del conato è stata alterata da una *generalis consuetudo Italiae, o totius mundi* (112), della quale adducono come eccezione il *crimen laesae majestatis et oppugnatae patriae*, in cui anche il *solus conatus non secuto effectu* soggiace alla pena ordinaria (113), fa di mestieri osservare, 1) che essi non considerarono ciò, come una singolarità dell'alto tradimento, ma affermarono applicabile la pena ordinaria ad un numero, ora maggiore, ora minore di *delicta atrocissima*, (114) senza obbligare il giudice a decretarla in

(111) Conf. *Glossa ad L. Cogitationis D. de poenis*. V. anche Azo *Comment. in Cod. ad L. 5. Cod. ad L. Jul Maj.* il quale intende il verbo *cogitaverit* nel senso di entrare in una congiura. Fa eccezione *Placentinus Tract. de accusat. tit.* VI.-V. la mia dottrina del conato par. I. p. 187.

(112) Durantis Spec. jur. lib. IV. tit. de accusat. §. 1. Alb. Gandinus Tract. maleficior. Angel. Aretinus Tract. de malef., e quasi tutti i posteriori fino al Claro Sent. Rec. lib. V. §. fin. quaest. 92. e al Farinacio Opp. crim. pars. V. quaest. CXXIV. p. 1. e 2. Molti vogliono appoggiare questa alterazione ai soli statuti, esempigrazia il Bartolo ad. L. 1. §. 3. D. 48. 8., e L. 7. Cod. 9. 16. Ma alcuni statuti, come quello di Milano, confermano il diritto romano esempigrazia nell'omicidio tentato. Conf. Hor. Carpani Comment. in quat. insign. nov. constit. Francofurti 1646. p. 57. e seq. Ang. Garono Observ. in constit. dom. mediolan. lib. IV. tit. 6. Mediol. 1627.

(113) Conf. Clarus l. c. num. 2.

(114) Accanto ai *crimen laesae majestatis* si trovano d'ordinario nominati il *veneficium*, l'*assassinium*, il *latrocinium*, la *simonia*, il *raptus* ed altri. Clarus l. c. Menoch. de arbitr. jud. lib. II. cas. 360. num. 24. seq. Farinacius in opp. par. V. quaest. CXXIV. num. 11-14.

ogni caso; 2) che ammisero diversi gradi di tentativo anche nel *crimen majestatis*, e segnatamente la distinzione fra il *conatus remotus* e il *proximus*, e mentre riputarono la congiura e l'instigazione a sollevarsi, come il primo grado al di là della *nuda cogitatio*, crederono giusta la pena ordinaria nel *conatus proximus*, e nel *delictum perfectum* (115); 3) che non dedussero l'equiparazion del conato alla consumazione dall'indole particolare dell'alto tradimento, ma dalle disposizioni positive del diritto

(115) Clarus l. c. num. 3. « *Scias etiam, quod in omnem « casum dispositio d. t. si quis, non dicam rapere et si- « milium, quae expresse puniunt solum conatum, etiam non secuto effectu, semper intettigenda est, ut procedat quando deventum est ad actum proximum* » E nel lib. V. §. *Laesae Majestatis crimen* num. 15. « *Scias autem « quod in hoc atrocissimo deticto Lex nonnulla speciatia introdu- « xit. Et in primis, ticet in atiis criminibus non puniatur affectus, « nisi sequatur effectus, ut dixi* §. *fin. quaest.* 92., *in hoc tamen « crimine punitur sotus affectus, etiam si effectus non secutus fu- « erit. Et est communis opinio. Et ita hodie de consuetudine ob- « servari attestatur Soc. jun. cons.* 105. *num.* 37. *tib. III., praesertim si deventum fuerit ad actum proximum. « Et hoc communi omnium sententia receptum videtur.* » Menoch. de arb. jud. lib. II. cas. 360., enumerando i singoli delitti, in cui si punisce il conato, incomincia dal *crimen majestatis, in quo sotus ipse conatus ordinaria poena punitur,* invocando la L. *Quisquis* e la ragione già addotta da Angelo « *non exspectatur « eventus, quia sero tunc pararetur vindicta* ». Qui basta *si conatus ad exteriores actus deductus sit,* dove per altro si rileva dal senso, che egli parla della congiura. La pena ordinaria ha principalmente luogo, quando *(juxta septimam considerationem)* sia un *conatus actui mutlum proximus,* qui in se *nomen deticti perfecti habeat.* Esplicitissimamente scrive di ciò il Farinacio trattando la quistione: *in crimine majestatis an, quando, et quomodo affectus puniatur non sequuto effectu,* Opp P. V. quaest. CXVI. §. 4.: ma anche qui, ad onta di molte ampliazioni e limitazioni, questo criminalista non si mostra che un misero compilatore de' suoi predecessori. Conf. anche *Aegid. Bossius Pract. crim.* tit. *de crim. laesae maj.* num. 43. seq.

romano, tuttochè cercassero di giustificarle dicendo « *non expectatur eventus, quia sero tunc pararetur vindicta* »: il quale argumento prova solamente, che per incorrere nella pena legale non si richiede l'avvenimento del successo voluto. Tutto dunque dipende dal vedere, se la *communis opinio* sia realmente appoggiata alle leggi: il che, come abbiamo dimostrato, non sussiste. Ma niuna autorità dottrinale può essere anteposta alle leggi, e noi la dobbiamo rigettare, ognorachè queste non la sostengano (116). Del resto il modo, con cui fu trattata la materia dai giuristi italiani, mostra, che, sebbene essi solessero andare soverchiamente agli universali, qui per altro si attennero maggiormente ad analizzare i casi speciali del diritto romano, e limitarono la penalità di ogni manifestazione della volontà criminosa per modo, che riputarono esenti da ogni pena i puri *actus verbi* (117).

§. 9.

D. *Disposizioni delle leggi imperiali germaniche e dottrina posteriore in Germania.*

Fra le leggi dell'impero germanico dee primieramente ricordarsi la bolla d'oro dell'imperator Carlo IV., la quale si adduce d'ordinario a provare, che ancora il diritto indigeno ha equiparato il remotissimo intraprendimento della perduellione al conseguimento dello scopo delittuoso. Se noi prendiamo ad esaminare attentatamen-

(116) Ulrico Zasius irritato dell'uso d'invocare la *communis opinio omnium doctorum* dice con molta verità « Invaleat « ergo, invaleat opinatorum turba, inferi, superi, et medioxumi, opi- « nio opinio inclament. Nos stentorea voce veritas veritas acciama- « bimus ». Maibiank istoria della Carolina p. 92.

(117) Conf. Farinac. l. c.

te questo passo della bolla d'oro, scorgiamo tosto, che non ha fatto altro che trascrivere quasi a parola la L. 5, Cod. *ad L. Jul Maj*, ed alcune altre disposizioni (118) del diritto romano intorno al delitto di maestà. Il principio in fatti del capitolo 24 è così concepito.

« *Si quis cum principibus, militibus, vel privatis seu* « *quibuscumque personis, plebejis etiam, scelestam fa-* « *ctionem, aut factionis ipsius inierit sacra-* « *mentum vel dederit, de nece venerabilium et il-* « *lustrium nostrorum, et sacri romani imperii, tam eccle-* « *siasticorum, quam secularium principum electorum, seu* « *alterius eorumdem (nam et ipsi pars corporis nostri sunt,* « *eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum* « *puniri jura voluerunt); ipse quidem, utpote majestatis* « *reus, gladio feriatur, bonis omnibus fisco nostro addictis.* « §. 1. *Filii vero eius etc.* ».

Se noi confrontiamo con questo luogo il principio della L. 5. Cod. cit. si vede, che il legislatore tedesco pose i *principes* ed i *plebeji* (omessi i barbari) come subietti possibili del delitto, e che in vece dei membri del concistoro imperiale, e dei senatori, nominati nella constituzione di Arcadio e d'Onorio, designò gli elettori ecclesiastici e secolari dell'impero germanico, come quelli, contro la cui vita chiunque cospirasse si renderebbe del pari colpevole di delitto di maestà. Prescindendo dall'essersi omessa la parola *cogitaverit*, che forse ingeriva qualche scrupolo negli antichi giureconsulti, la bolla d'oro concorda dunque intieramente con la L. 5. Cod. cit. Parla soltanto di una congiura, e di tal indole, che si proponga per fine l'uccisione delle persone no-

(118) §. 8 — 13. dei cit. cap. 24 della bolla d'oro, i quali non fanno che ripetere la L. 7. e 8. Cod. (due testi tolti da Paolo e da Marciano lib. *de publicis judiciis*).

minate nella legge, e quindi non si può considerare per una disposizion generale, che minacci di punire alla pari della consumazione tutti gl'intraprendimenti anche remotissimi di alto tradimento. Quanto si è detto del senso, e della periferia della L. 5. Cod. *ad L. Jul. Maj.*, è pienamente applicabile anche alla legge dell'impero germanico: nè si sa comprendere, come fino agli ultimi tempi sia stata così grande la cecità, da dare alla constituzione d'Arcadio e d'Onorio, ed alla bolla d'oro, un'estensione, che renderebbe inutili tutte le altre sanzioni del diritto romano intorno al delitto di maestà. Basta metter gli occhi sopra la legge, per convincersi, che il diritto romano non abbraccia in una stessa sanzione penale tutti i casi, che si riferiscono all'idea giuridica dell'alto tradimento nelle sue tre direzioni, cioè 1) come aggressione alla vita, alla salute, alla libertà del principe, 2) come aggressione all'esistenza, od all'integrità dello Stato, 3) finalmente come aggressione alla constituzion dello Stato (119).

Se adesso ci rivolgiamo alla constituzion criminale dell'imperator Carlo V., è facile a riconoscere, che essa non contiene alcuna disposizione particolare e complessiva sull'alto tradimento. L'art. 124. (*Bamberg.* art. 149.), che si è frequentemente addotto in contrario, parla in generale del delitto di tradimento, sotto l'idea del quale non si comprendono certamente tutti i casi, che l'odierna teorica riferisce al delitto di maestà. Imperocchè il tradimento nel senso della Carolina consiste in un'ingiusta azione segreta e maliziosa, in pregiudizio di quello, a cui è dovuta una fede particolare, per favorire la vio-

(119) V. la sentenza pronunziata dal tribunale di Wolfenbüttel nel mese di luglio 1833 contro la contessa von Gortz-Wrickberg p. 108. e seg. e il parere dell'Università d'Heidelberg ivi p. 219.

lenta lesione, uccisione, carcerazione, o sottrazione, presa di mira da un terzo (cioè da un nemico). Il traditore è manifestamente contrapposto ai facitori, agli autori di un delitto, ai nemici dell'offeso, e deve avere intrapreso un'azione, per cui sia divenuta loro possibile, secondo le circostanze, la lesione, o la violenza presa di mira. L'antico stato della Germania, nel quale, in virtù del diritto del più forte, che durava almeno ne'suoi effetti, ciascuno si limitava a soccorrere i proprj confederati e parenti, e le comuni, le terre, le città e gli uomini liberi stavano di fronte fra loro col diritto di guerra, spiega abbastanza il perchè il tradire il confederato, per favorire i nemici del tradito, si dovesse considerare come un gravissimo delitto per sè stante. Il punto di vista era lo stesso di quello, da cui oggidì contempliamo il tradimento del paese. Questo tradimento constituisce un particolare delitto, senza fare attenzione agli atti del nemico: nè si può ricorrere all'idea d'ausiliatore, perchè rispetto alla persona del nemico non è dato giuridicamente parlare di delitto e di pena. Ma poichè quest'antica relazione di uno stato di guerra fra corporazioni e individui andò a dissiparsi a misura che si stabilì l'ordin giuridico; si spiega agevolmente, come il delitto di tradimento abbia perduto nella teorica e nella pratica la primitiva estensione, e non si debba oramai ritrovare che nel tradimento del paese, perchè gli altri casi si trattano secondo i principj, che governano la partecipazione nel delitto altrui (120).

Dietro questo sviluppo non si può dubitare, che i soli casi di soccorso o di eccitamento di un nemico straniero sono contemplati dall' art. 124. della Carolina, e sottoposti alla pena da esso comminata, e che perciò

(120) Boehmer Medit. ad C. C. C. art. 124. §. 2.

manca di base l'affermare, che la natura del tradimento esclude in genere qualunque distinzione fra il tentativo e la consumazione. Ma il dire, che nel tradimento la Carolina non distingue espressamente fra delitto consumato e intrapreso (121), è un'opposizione insignificante; perchè in nessun altro delitto (salvo quello di violenze in femmina nell'art. 119 e quello di rottura della cassetta delle limosine nell'art. 173.) essa ha creduto di rammentare questa differenza naturalmente sottintesa. In fatti nell'art. 178. la detta constituzione dichiara generalmente, che il maleficio tentato differisce dal consumato, e che soggiace a pena minore di questo. La qual regola si vuole applicare a tutti i delitti, che non sieno particolarmente eccettuati, purchè naturalmente suscettivi di esser distinti in consumati e tentati. Nè si presenta alcuna ragione di ristringere il detto art. 178. a quei maleficj, che sono menzionati nella Carolina, od a quelli, che richiedono per la loro essenza di fatto un certo successo esteriore; perocchè tutto ciò non ha nulla che fare con la possibilità di distinguere il tentativo dalla consumazione, ed è assolutamente falso, che quei delitti, che si consumano con una determinata azione, non possano essere ancora tentati. Un delitto, che avesse una essenza di fatto cotanto incerta, che a constituirlo bastasse qualunque segno riconoscibile del pensiero, meriterebbe il nome di mostro giuridico, e tanto meno bisognerebbe inclinare ad ammettere una tale eccezione nell'alto tradimento, che è il più grave di tutti i maleficj.

Che questo delitto non escluda per sua natura la distinzione fra tentativo e consumazione, è stato già dimostrato di sopra: e niuno ha potuto sinora affermare,

(121) Anche questo è uno dei motivi della sentenza di Wolfenbüttel menzionata di sopra.

Digitized by Google

che la Carolina espressamente rigetti questa differenza. Quando si volesse, confessando la possibilità di una tal distinzione, affermar solamente, che l'eguale pènalità del conato o della consumazione perseveri; sarebbe agevole far conoscere, che sì fatta asserzione manca di fondamento. Imperocchè 1) il diritto romano non contiene alcuna regola generale (122): e, quando la contenesse, sarebbe stata modificata dalla Carolina, com'è avvenuto delle altre disposizioni del diritto romano, che stanno in contradizione col principio dell'art. 178., il quale stabilisce la minore punibilità del delitto tentato. 2) L'opinione dei giuristi italiani, i quali, tuttochè senz'appoggio legale, hanno parlato in generale, riconoscendo per altro la possibilità di una distinzione fra il conato e la consumazione del delitto di maestà, non può considerarsi come decisiva; perchè in parte riposa sulla falsa idea dell'indole eccezionale di certi maleficj, e particolarmente del *crimen majestatis*, in parte equipara questo reato agli altri *crimina atrocissima;* onde chi volesse innalzare al di sopra della legge l'autorità di questi dottori, bisognerebbe che affermasse eguale la punibilità del tentativo e della consumazione in tutti i più gravi misfatti. Se la Carolina avesse voluto accettare tali eccezioni, le avrebbe espressamente dichiarate. Oltre di che non bisogna dimenticare, che gli antichi giuristi, quando ammettono la pena ordinaria anche *non secuto effectu*, o intendono per *effectus* qualche cosa di più di quello, che noi richiediamo per la consumazione dell'alto tradimento, o contemplano solamente l'applicabilità della pena di morte al conato, la quale non vogliamo impugnare nella provincia del diritto comune. Imperocchè è fuori di dubbio, che la Carolina ha voluto autorizzare

(122) Heffter Elem. di comun dir. crim. §. 215.

Digitized by Google

il giudice a decretare, secondo le circostanze, la pena di morte (123) nel misfatto semplicemente intrapreso, e perciò ancora nell'alto tradimento, per cui è sancita una pena capitale aggravata, o comulata con altri mali: e perciò la pena capitale semplice può comparire un male punitivo più mite. Anche qui per altro fa di mestieri ricordarsi, che la L. 5. Cod. *ad L. Jul. Maj.*, il cap. 24. della bolla d'oro, e l'art. 124. della Carolina, non si possono appellare disposizioni penali, che abbraccino tutti i casi. 3) Lo spirito del diritto criminale germanico sta palesemente per la minore punibilità del conato: nè si può asserire, che nel delitto di alto tradimento declini decisamente da questo principio. La Carolina non ha lasciato inconsiderata la qualità dell'atto esterno neppure in tal maleficio: e quando gli avversarj concedono, che non tutti i casi di alto tradimento si potrebbero sottoporre ad una stessa misura penale, e che il giudice è autorizzato a far conto del punto di vista obiettivo, cioè della quantità del danno prodotto, e del pericolo minacciante; vengon pure a concedere ciò che noi desideriamo, avvegnachè la distinzione fra il delitto tentato e il consumato sia una delle più importanti considerazioni obiettive. 4) La quistione, con cui si ricerca, quando si debba considerar consumato, secondo il diritto comune, il maleficio di alto tradimento, non si trova espressamente decisa in alcuna legge: ma, se noi valutiamo lo spirito del diritto germanico, non si può risolver col dire, che basti qualunque significazione esteriore dell'intenzion criminosa. All'opposto la determinazione, che di sopra ci siamo ingegnati di fare, dei caratteri del consumato delitto, dee riguardarsi corrispondente ancora al nostro diritto comune. Del punto,

(123) « *Idcirco judices poenam propter (ut sequitur) consultent, scilicet quomodo ea corpori aut vitae sit imponenda* » C. C. C. art. 178 in f.

onde incomincia la penalità dei tentativi, ne decidono i principj generali: e quando il diritto romano dispone, che in certi casi abbia luogo una pena anche innanzi; queste eccezioni, che pur non involgono l'eguaglianza della pena, non si debbono convertire in regole generali, e molto meno si vuol dedurre da esse l'idea della consumazione (124).

A corona di quanto abbiam detto sul diritto comune, aggiugneremo poche parole intorno alle opinioni dei giureconsulti tedeschi, posteriori al tempo della Carolina. Essi forse sarebbero giunti a farsi una chiara idea della relazione della Carolina col diritto romano, se si fossero occupati con indipendenza della materia, che trattavano. Ma è noto, che i più si contentarono di espilare gli scritti dei giuristi italiani, di mettere in voga le loro opinioni in Germania, senza darsi cura del diritto germanico, e specialmente della Carolina, il dispregio della quale era di moda appresso i Romanisti, o senza occuparsi per avventura di sviluppare il senso di questa legge, anche quando la presero a comentare. Ciò sia detto in special modo a riguardo di quello che dettarono intorno al *crimen majestatis*, ed alla punizion del conato di alto tradimento. Che questo delitto per altro non ammetta la distinzione da noi sostenuta, non è affermato in alcun luogo nemmeno da essi. Si riscontrino le opere di König (125), di Damhouder (126), di Rauchdorn (127), di Per-

(124) « *Quod contra rationem juris receptum est non est* « *producendum ad consequentia* » L. 141. D. de R. J.

(125) Pratica e processo per le persone forensi, Bautzen 1555.

(126) *Praxis rer. crim.* cap. LXII. num. 10. « *In crimine ma-* « *jestatis punitur affectus, etiam non secuto effectu* » Sembra che contemplasse solamente la congiura, e sostiene l'eguale punibilità del conato anche in altri delitti atrocissimi, segnatamente nel *parricidium*, nel *veneficium*, nel *crimen raptus*, nell' *incendium*.

(127) Pratica e processo criminale della Carolina, Budissin 1564.

neder (128), di Vigelius (129), di Remus (130), di Rosbach (131), di Theodoricus (132) e di altri, ed uno si convincerà facilmente, che essi hanno compendiato senza critica i predecessori italiani, e raccolto goffamente le diverse opinioni. L'autorità degl' italiani vale per loro più della Carolina, e quindi, per sostenere la minore punibilità del conato, invocano piuttosto la *generalis consuetudo*, che la legge. Eccettuano da questa regola gli stessi delitti, eccettuati dagl'Italiani, e non si ristringono in alcun modo all' alto tradimento.

Benedetto Carpzov (133) scrisse per vero dire con maggior perspicacia ed indipendenza, e meglio valutò la Constituzione Carolina: ma egli pure non si seppe sempre liberare dagli errori, saliti al grado di *communis opinio*. Ciò apparisce particolarmente nella trattazion del conato, del quale non parla in generale, ma solamente nei singoli delitti. Egli pure non offre in somma, che le dottrine dei pratici italiani (134). Il suo principalissimo mallevadore è Giulio Claro. Per ciò che concerne il *crimen majestatis* (135), egli enumera una moltitudine di singolarità, che offendono il sentimento del giusto (136),

(128) Ordinanza criminale, Ingostadt 1531.

(129) *Constit. Carol. public. judicior. cum jure communi collatae*, Basileae 1583.

(130) *Nemesis Carolina*, Herborn 1594. art. 178.

(131) *Practica crim.* Francofurti 1610.

(132) *Judicium crim. practicum*, Jenae 1671.

(133) *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, 1635.

(134) Riferisce in generale le diverse opinioni de' suoi predecessori sulla punizion del conato nell' *homicidium* qu. II. num. 51. seq. Nei *conatus parricidii* asserisce inammissibile la pena ordinaria, avuto riguardo all'art. 178. della Carolina, qu. XVII. num 16. et seq.

(135) Qu. XLI. num. 3. seq.

(136) Conf. di sopra il §. 1. di questa dissertazione.

e pone tra le prime: *punitur quoque in hoc crimine affectus et conatus, licet non sequatur effectus*, invocando la *L. Quisquis*, ed alcuni scrittori italiani. Il Carpzov non appoggia ad altro miglior sostegno la sua opinione, e non decide, se debba aver luogo in tutti i casi la pena ordinaria. Tanto è certo, che egli non determina la medesima pena per tutti i fatti, che cadono sotto il *crimen majestatis* (137). Si può dunque dubitare, se il Carpzov possa indistintamente valere come autorità per la così detta *communis opinio*.

Quello, che si è detto dei predecessori, può dirsi del pari dei successori (138) del Carpzov fino al tempo, in cui uno spirito scientifico incominciò ad infonder la vita nella cultura del diritto criminale. Questi pure trascrivono dalle loro fonti, senza critica, nè scelta, e giurano *in verba magistri*. Ma dal momento, in cui il diritto criminale germanico fu animato dai principj della sana filosofia, s' innalzarono molte voci a proclamar la necessità di distinguere il tentativo dalla consumazione anche nell'alto tradimento. E queste voci sono state ascoltate dai tribunali, non meno che dai nuovi legislatori.

(137) Conf. Qu. XLI. num. 90. seq.

(138) Conf. Blumbacher Comentario alla costituzion criminale dell'imp. Carlo V. ad art. 178. §. 1. 2. Tob. Granzii *Defensio inquisitor.* cap. VI. memb. I. sect. III. p. 659. Maggiore indipendenza e critica mostrò per il primo Kress nel suo *Comment. succinct. in C. C. C. ad art.* 178. Egli considera la disposizione di quest' articolo sulla minore punibilità del conato, come un principio eccezionale, e cerca di spiegare in altra guisa le eccezioni ammesse dal Carpzov. *Non debent* (egli dice) *aliquem movere exempta, quae in contrarium afferuntur. Sic non obstat crimen laesae majestatis. Nam hoc non tantum varia singularia continet, sed hic vel sola consilia agitata pro crimine laesae majestatis habentur.* Kress è stato il primo, per quanto io sappia, ad opinare, che il *crimen majestatis* non ammetta distinzione fra consumazione e conato.

Digitized by Google

VIII.

CONTRIBUZIONI DI *MITTERMAIER* ALLA DOTTRINA DEL DELITTO D'INFANTICIDIO (ESTRATTE DAL TOMO VII, FASC. 1, 2, 3, E 4 DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

Punto di vista del comun diritto criminale germanico intorno all'infanticidio.

Un esteso esame del delitto d'infanticidio non sembra esser privo d'importanza, quando si voglia ricercare il perchè la Carolina, sebbene nell'art. 137 minacciasse una pena all'omicidio premeditato, commesso a carico di stretti congiunti, prendesse nell'art. 131 in particolar considerazione l'infanticidio, che pur non è altro che una specie di parricidio. Ma ancora indipendentemente da ciò una più profonda investigazione di questa materia è di gran momento pel legislatore e pel pratico; perocchè appena esiste un altro delitto, nel quale ogni punto della essenza di fatto, e dell'applicazion della pena, sia così controverso, e dipenda dalla condizione di tante scienze ausiliari; per modo che, in mezzo a così grandi ed incessanti progressi della medicina legale, varie proposizioni, che pochi anni fa s'inserivano per indubitate nei compendj, ora si riconoscono, o come assolutamen-

te erronee, o come tanto dubbiose, che l'uomo forense non si può ad esse attenere senza grandissima cautela. Quindi io mi credo di non far cosa infruttuosa, tentando d'indagare primieramente il punto di vista del diritto comune rispetto all' infanticidio, di esaminar le vedute delle moderne legislazioni, e poscia di esporre tutti i punti particolari della essenza di fatto, avuto riguardo alle recenti scoperte della medicina, specialmente in proposito della forza probatoria della docimasia polmonale, a fine di guidare il pratico nella quistione dell'imputabilità delle infanticide. Benchè alcune recenti dissertazioni su questo argumento contengano molto di utile, esse per altro hanno sempre lasciato assai da desiderare (1).

La ragione, per cui la Carolina trovò necessario di parlar separatamente dell'infanticidio nell'art. 131, o si può 1) trovare nel non aver voluto quella constituzione considerare questo delitto come una specie di parricidio, per decretargli una pena men grave, o 2) si può spiegare con l'idea originale di Spangenberg (2), secondo la quale già nel diritto romano la strage dei fanciulli recentemente nati, commessa dalla madre, non si ri-

(1) *Gennepp Spec. jurid. inaugur. de infanticidio, Leid.* 1814. Wurzer Riflessioni sull' infanticidio, e sulla sua punizione, Lipsia 1822. Van Mons *diss. medico-leg. de infanticidio, Lovan.* 1822. *Brouekère Comm. in quaest. ab ordin. jurisconsult. Leodiens. propositam. Commentetur locus de crimine infanticidii ita quidem, ut enarratis iis, quae de hoc crimine jure et legibus praecipuorum populorum veteris orbis erant sancita, nec non recentiorum populorum de eo legum praeceptis exhibitis, codicis poenarum, quo nunc utimur, de hoc crimine dispositio critice examinetur, non omissis quae ex medicina forensi ad rem elucidandam spectant, Leod.* 1823. *Imbert diss. de crimine infanticidii, sistens interpretationem et censuram eorum, quae jus hodiernum de hoc crimine statuit, Lovan.* 1822.

(2) Nuovo archivio di dir. crim. tomo III. fasc. 1. num. 1.

guardava qual parricidio, e neppur nell'antico diritto germanico si riteneva per omicidio premeditato, in guisa che, sebbene il Cristianesimo stabilisse la penalità dell'infanticidio, rimase pur sempre in vigore l'opinione, che l'uccisione dei figli appena nati, eseguita dai genitori, non fosse parricidio; onde la Carolina, che sempre si attenne alle massime giuridiche, che avevano dominato fino al suo tempo, a tenore delle medesime parlò dell'infanticidio, senza distinguere, se dalla madre, o dal padre, fosse trucidato un figlio legittimo, od illegittimo. Anche Evers (3) cercò già di provar similmente, che il diritto romano non ha considerato l'infanticidio, come parricidio. Ma, per quanto sieno gravi le ragioni di Spangenberg, io mi penso, che rimangano ancora a disciogliersi dei nodi importanti.

1) Il ricorrere all'*jus vitae et necis* del padre non può decidere che con grandi restrizioni. È in fatti indubitato, che il padre di famiglia romano non aveva illimitata, ed arbitraria potestà sopra i figli, ma che piuttosto gli apparteneva un voto poderoso *in judicio domestico* (4), e che per l'applicazion della pena si richiedeva una *cognitio causae*, ed una decisione dei prossimi parenti, talmentechè il padre compariva qual giudice (5): ed il modo, in cui si teneva il giudizio domestico per la moglie (6), come il vedere, che il padre,

(3) *In diss. de matribus, quae prolem suam interfecerunt. Traject.* 1807. p. 2-10.

(4) *Münter de domestico familiarum judicio apud Romanos, Lugd. Batav.* 1768. Moser Contribuzioni alla cognizion delle leggi romane.

(5) V. i passi raccolti appresso *Abegg de antiquissimo romanorum jure criminali*, p. 53. 62. V. anche Imbert de infantic. p. 74.

(6) *Pirmez Diss. de marito tori violati vindice apud Romanos, Lov.* 1822.

Cornelia *de sicariis*, ed in ogni caso vuol esprimere solamente, che ancora il conato dell' uccision di un fanciullo (*necandi infantis piaculum aggressus*) si dee colpire con pena capitale (11).

5) Quando si dubita, se la Legge Pompeja abbia voluto riferirsi ai figli nati di fresco, e si afferma, che essa contemplasse piuttosto la sola uccisione dei figli cresciuti, nelle parole *mater, quae filium, filiamve occiderit;* potrebbe osservarsi all' incontro, che la voce *infans* non si dee ristringere al fanciullo, che non sa parlare (12); che d' altra parte farebbe d' uopo affermare, che ogni strage d' un figlio, che non sapesse parlare, commessa dall' ascendente, non fosse *parricidium;* e che i Romani, quando vollero designare il bambino appena nato, adoperarono l' addiettivo *sanguinolentus* (13). E dovrebbero porsi nella bilancia anche le testimonianze dei padri della Chiesa, i quali affermano, che l' infanticidio era dalle leggi vietato (14).

6) Che negli antichi diritti germanici l' infanticidio non fosse punito (15), non si può considerare come provato: ma bensì a tenore dell' antica massima germanica, il bambino, che non aveva dato sicuri contrassegni di vita, non era capace di eredità (16): e quindi lice argui-

(11) V. nel comentario del Gofhofredo al Cod. Teodosiano, tomo III. p. 84, diverse interpretazioni, date a questo passo, sempre controverso, dal Raevardo, dal Cujacio, e dallo stesso Gofhofredo.

(12) Contro l' opinione di Unterholzner V. Erb negli annali d' Heidelberg 1815, p. 670-83.

(13) L. 2. Cod. de infant. expos.

(14) *Tertullian. ad nation.* lib. I. c. 15. Lactant. lib. VI. *divin. instit.* cap. 20. V. Gofhofredo ad Cod. Theod. III. p. 85.

(15) V. Spangenberg nel cit. archivio, tomo III. p. 2-7.

(16) V. i passi raccolti ne' miei principj di comun diritto privato germanico, §. 41. ed Eichorn, introduzione al diritto privato germanico, p. 776.

re, che la strage di un sì fatto fanciullo non apparisse ai Germani un grave delitto. Sembrerebbe in vero, che venisse allontanato ogni dubbio dalla legge de' Frisii (17), la quale fra gli *homines, qui sine compositione occidi possunt*, novera ancora *l'infans ab utero sublatus et enecatus a matre*: ma da un lato la lezione di questo passo non è incontroversa, avvegnachè appresso Lindenbrogio e nell'edizione di Schwartzemberg (18) si legga *infantem ab utero matris sublatum enecat*, nel qual modo non si parla altrimenti della strage, commessa dalla madre; e da un altro lato non dee rimanere inosservato, che ancora secondo la lezione comune il passo si riferisce al sistema delle composizioni. Nella strage del bambino, commessa dai genitori, non vi era certamente alcuno, che potesse esigere il veregildo, e quindi l'azione, quando era specialmente eseguita da una madre illegittimamente fecondata, rimaneva di fatto impunita. Anche il P. Canciani (19) è d'opinione, che il luogo non parli di strage ordinaria, ma del caso, in cui la madre sacrifichi il proprio figlio agli Dei del gentilesimo, ed i passi da lui citati *in vita Ludgeri* (20) non sono senza interna verisimiglianza. Del resto il §. 2. del titolo V. della *Lex Frisionum* indica appunto, che il legislatore aveva proibito questo costume pagano (21). La legge Wisigotica (22) mostra abbastanza chiaramente, che i legislatori germanici punivano l'infanticidio proprio, come un grave delitto.

(17) Leg. Frision. tit. V.

(18) Baron de Schwartzemberg, groot Placaat en Charterboek van Vriesland, tom. I. p. 9.

(19) *Barbarorum Leges*, vol. III. p. 10. nota 3.

(20) V. anche Spangenberg l. c. p. 5.

(21) *Et si hoc quaelibet foemina fecerit, leudem suam regi componat.*

(22) Leges Wisigoth. lib. VI. tit. 5. §. 17. tit. 3. §. 7.

7) Anche alcune leggi puramente germaniche del medio evo considerarono l'infanticidio, come un delitto: e fra queste merita una particolar menzione la disposizione dello statuto dell'isola di Gothland (23).

8) Che la Carolina nell' art. 131 abbia rilevato la strage di un fanciullo appena nato, senza distinguere, se fu generato nel matrimonio, o fuori di matrimonio, nè se l'abbia commessa la madre, od il padre, è un'opinion contraddetta da molti non leggieri argumenti.

a) Non si può assegnare alcuna dimostrabil ragione, per cui la Carolina, se non le si fosse parato d'innanzi il caso della strage di un fanciullo illegittimo appena nato, commessa dalla madre, non facesse menzione che di quello, mentre per mezzo dell' art. 137 sarebbe stato provveduto abbastanza: e quand' anche si voglia ammettere, che l'antico diritto germanico non considerasse qual parricidio l'uccision dei bambini recentemente nati, eseguita dai genitori; si può creder per altro, che al tempo della Carolina, mediante la diffusione già avvenuta del diritto romano e del Cristianesimo, ogni traccia dell'antico principio giuridico fosse da molti anni cancellata.

b) L'art. 131 non parla che di donne, che uccidono i loro bambini: e l'argumento, dedotto dalla ragione di quell' articolo, che anche il padre commette infanticidio nello stesso senso (24), potrebbe esser contraddetto da ciò che abbiamo già dichiarato.

c) Anche la parte del detto articolo, nella quale si parla di discolpa, può solamente riferirsi a donna, che sia rimasta incinta fuori di matrimonio.

d) Le parole *suam nefarie abusam levitatem celari tegique* si riferiscono parimente al solo caso, in cui uc-

(23) Guta-Lagh (nell'edizione di Schildener) cap. II.
(24) Spangenberg l. c. p. 26.

cida il suo figlio la donna, che lo ha concepito illegittimamente.

e) Chiaramente conduce alla medesima conseguenza anche la connessione, in cui stanno fra loro gli art. 131, 132, e 133. Schwartzenberg ebbe molto saviamente riguardo all'esperienza, che simili donne illegittimamente incinte, appena acquistata la funesta certezza della loro gravidanza, tentano in primo luogo di sconciarsi, per mezzo di gravi fatiche, o di medicinali: se questo non giova, e succede il parto, le meno corrotte si appigliano all'esposizione dell'infante, non senza una qualche speranza, ch'egli venga trovato e salvato, e le altre scelgono il più sicuro e comodo mezzo di ucciderlo. Quindi il procurato aborto, l'esposizion dell'infante, e l'infanticidio appartengono ad una stessa famiglia di delitti: e la Carolina, con l'aver posti insieme questi tre articoli, dimostra di avere contemplato i detti maleficj nel vero lor punto di vista.

f) Anche dagli articoli 34 e 35 della Constituzione Carolina, nei quali si parla degl'indizj dell'infanticidio, e si tiene espressamente proposito di una fante, *quae pro virgine se venditat*, si può desumere una ragione (25) per istabilire, che la detta legge ha inteso disporre dell'omicidio, commesso dalla madre sul figlio illegittimo.

g) Infine ciò rimane principalmente provato dalle disposizioni degli statuti contemporanei alla Carolina, i quali parlano chiaramente del solo infanticidio, eseguito della madre. Ora così vien determinato nello statuto del Tirolo (26), di Worms (27), e di Henneberg (28).

(25) Rosshirt Elem. di dir. crim. p. 345.
(26) dell'anno 1536. lib. II. parte I.
(27) dell'anno 1498 (edizione del 1530) tom. 142
(28) dell'anno 1539. lib. VIII. tit. V. cap. 3.

Anche il vedere, che il diritto usuale (29) anteriore alla Carolina colpiva di pene severe le donne, che uccidevano i loro figli, e che una legge assiana (30), pubblicata poco dopo la Carolina, punisce l'infanticidio insieme con l'occultazione della gravidanza, è una ragione di qualche momento.

Dietro tutto questo si può ben affermare, che l'art. 131 della Carolina abbia voluto disporre solamente della strage, commessa dalla madre sul proprio figlio illegittimo.

§. 2.

Sviluppo dell' opinione ricevuta nella pratica.

Se or si domanda, se l'art. 131 della Carolina abbia punito più dolcemente l'infanticidio, ed avuto riguardo ai motivi del timore del biasimo, operanti sulla infelice, del pari che allo stato intellettuale e fisico della partoriente, come cause diminuenti l'imputazione; bisogna rispondere negativamente (31). Il modo, in cui si formavano le leggi d'allora; il pensare, che i ragionamenti odierni erano stranieri al legislatore, e al compilatore, al tempo della Carolina; che specialmente la dottrina dell' imputazione era assai vacillante; e che le leggi di quella età si attenevano quasi sempre alla consuetudine, che correva, sono abbastanza gravi argumenti. Di più la Carolina dimostra, che a tenore del diritto usuale le

(29) *Conrad Celtes de orig., situ, moribus, et institut. Norimberg. cap.* 14 parla *de mulieribus, quae partum necaverint, aut immaturum excusserint.*

(30) del 23 Maggio 1554, V. la raccolta di Kleinschmid delle leggi assiane, parte I. p. 157.

(31) Rosshirt, Elem. p. 344.

infanticide si punivano col seppellirle vive e col palo, e che Carlo, solamente per un tratto di particolare clemenza, permise, che si facessero soggiacere all'annegamento, pena che era per le donne ordinaria, e tutte le espressioni dell' art. 131, esempigrazia quelle di *tam impii, inhumani, crudelisque latrocinii*, attestano l'orrore del legislatore per un delitto, che a lui compariva sommamente snaturato. Benchè per altro si debba confessare, che Carlo non lasciò travedere alcuna delle nostre miti opinioni intorno all'infanticidio, ciò non vieta al giudice dei paesi, che sono regolati dal diritto comune, di attenersi alla massima, che si è formata nell'uso del foro, mediante il progresso del criminale diritto: a tenor della quale l'infanticidio si presenta come un delitto, commesso con circostanze attenuanti, e molto meno punibile del parricidio. È uno degli errori più perniciosi il considerare la Carolina come un codice criminale moderno, ed il credere assolutamente applicabili le pene da lei minacciate, dichiarando capitale ogni delitto, a cui quella constituzione commina la pena di morte. Tutta la nostra pratica ha parlato altamente contro sì fatto principio, e certamente a buona ragione; perocchè la Carolina riconosce il diritto, che si svolge e si perfeziona mediante la consuetudine forense, ed è constituita sopra di esso. Non si può mai ripetere abbastanza, che i rinvii, che fa la Carolina, dei giudici al consiglio dei giurisperiti (32), procedono dalla stimabile idea, che servì di base all'antico diritto germanico, cioè dall'idea dello sviluppamento progressivo del diritto per mezzo degli scabini sotto l'influenza delle corti supreme. Or siccome fu necessario, secondo la volontà della Carolina, di chiedere in tutti i casi dubbiosi il consiglio

(32) Art. 104. 111. 117. 118. 119. 123. 133. 160. 178. 219.

dei giurisperiti, venne dichiarato ad un tempo, che l'applicazion del diritto dovesse dipendere dallo sviluppo di migliori opinioni, e da tutti i progressi della scienza. Come nelle corti supreme, alle quali i giudici doveano riportarsi, ottenevano influenza le massime e le dichiarazioni più pure, che di mano in mano si svolgevano; così i collegj decidenti delle Università, i quali subentrarono a quelle corti, perfezionano con pubblico benefizio il diritto, secondo il bisogno, e nello stesso senso debbono valutarsi le autorità delle corti supreme e dei trattati scientifici dei giureconsulti. Fa d'uopo ammettere in fatti, che i giudici sieno rinviati al consiglio dei pratici e dei giureconsulti migliori in quel medesimo modo, in cui la Carolina al suo tempo desiderò, che ricorressero al consiglio dei giurisperiti. Così alla scienza, ed alla pratica che partecipa delle investigazioni di essa, è assicurata un'influenza non interrotta sul diritto criminale comune: ed è indubitato, che un'opinione, tuttochè declinante dalla lettera rigorosa della Carolina, obbliga il giudice, purchè si possa mostrare, che la medesima si è generata mediante la pratica, sotto l'influenza di moderne scoperte, e di schiarimenti e progressi scientifici. Ora non è difficile riconoscere, che Carlo, benchè non avesse chiara coscienza delle circostanze mitiganti, che accompagnano l'infanticidio, aperse almeno l'occasione ad un principio più dolce, che dipoi si formò nella pratica.

1) Il vedere, che il detto imperatore, nell'art. 131 della sua constituzione, rilevò specialmente l'infanticidio, chè pure avrebbe potuto riputare compreso nell'art. 137, potè dalla pratica considerarsi come un indizio, che il menzionato delitto non si dovea riguardare per una specie di parricidio. Ed una volta che la pratica fu entrata in questo pensiero, non restò malagevole, allorchè

si sottoposero a più esatta ricerca l'imputazione ed i gradi di essa, di ravvisar chiaramente le differenze, che intercedono fra il parricidio e l'infanticidio.

2) Non potè in questo rispetto sfuggire alla pratica, che nel parricidio l'obietto del delitto è una persona cresciuta, verso cui la natura, che inspira i più nobili sentimenti della vita, attrae il delinquente, e che dalle relazioni della convivenza nasce un'affezione scambievole, per modo che tutti questi sentimenti e la santità dei legami di parentela dissuadono l'omicida, che può essere eccitato al fatto solamente da una passione, la cui forza sia capace di sopprimere tutte le idee contrastanti; mentre nell'infanticidio le circostanze sono affatto diverse. Generata contro voglia, può la creatura, che minaccia di diventar per la madre un fonte di dolori acerbissimi, non essere amata da lei. I patimenti e le condizioni della gravidanza, la prospettiva della vergogna, le ripulse, e la miseria, non possono contribuire a risvegliare l'amore del feto. L'idea di scaricarsi del figlio trova il suo primo nutrimento nella speranza, facile a concepirsi, che il feto non possa giugner vivo alla luce; la frequente illusione, che per la povera creatura sarebbe meglio non continuare la vita, diminuisce il sentimento della turpitudine del delitto; ed i dolori del parto, che in modo speciale tormentano le primipare, e l'innormalità del loro stato fisico e psicologico, non sono circostanze adattate, perchè si presenti chiaramente ed in tutta la sua forza la criminalità del micidiale proposito all'animo della delinquente, la quale forma ed effettua la delittuosa risoluzione in una combinazione di terribili circostanze, che noi possiamo appena per metà concepire.

3) Un'altra ragione intesa a provare, che Carlo volesse riguardare con occhio meno severo l'infanticidio, potè

ritrovarsi dalla pratica in questo: che la Carolina, in vece della rigida pena del parricidio, e contro il costume, seguitato fino a quel tempo, della sepoltura della persona vivente, minacciò la pena men grave del semplice annegamento. E se all'incontro si obietta, che Carlo per altro comminò la morte ancora all'infanticidio, onde lo noverò fra i più gravi delitti; non bisogna dimenticarsi, che, secondo l'art. 137, anche all'omicidio precipitato, commesso per impeto d'ira, minacciò la pena della spada, e ciò non ostante lo volle punire meno dell'omicidio premeditato. Poco del pari si profitterà opponendo, che l'annegamento fu, nel senso della Constituzione Carolina, una pena severa, avvegnachè anche il veneficio, a tenore dell'art. 130, fosse sottoposto alla stessa minaccia. In fatti si vuol qui considerare, che il detto articolo commina pel veneficio l'annegamento, e il trascinamento al luogo del supplizio, o la lacerazion delle carni per mezzo di tanaglie arroventate; mentre l'infanticidio non si trae dietro che il semplice annegamento.

4) Anche le parole « *ad effetto di evitare la disperazione* » (33), che si presentano nell'art. 131, sono state dalla pratica riguardate come una prova, che la Carolina volesse usare qualche tratto di clemenza verso le infanticide.

5) Tostochè questa opinione ebbe gittato qualche radice, fu agevole recedere dalla pena ordinaria della Carolina. E quanto più si fece a poco a poco sentire il bisogno di fondare più solidamente il diritto di punire, e d'investigare la base dell'imputazione; quanto più

(33) Le parole originali *um Verzweiflung zu verhüten* sono interpretate da *Remus: quia ob cruciatus moram desperationis periculum subest,* e da *Gobler: ad desperationem praeveniendam vitandamque.*

esattamente si andarono indagando i motivi, che spingono a quel maleficio; tanto più facilmente si formarono miti opinioni intorno all'infanticidio, e l'Anton Matteo (34) esercitò una rilevante influenza sopra la pratica. Quando, per l'avanzamento della medicina giudiciaria, si attese maggiormente ai pareri dei medici; quando si dimostrò, che lo stabilire l'essenza di fatto nell'infanticidio era opera piena di difficoltà, delle quali per lo innanzi non si era avuto il menomo sospetto; quando i professori dell'arte salutare sempre più assicurarono, che tanto lo stato intellettuale, quanto lo stato fisico delle partorienti esclude la piena imputazione; la pratica, ognidì più inclinata alla dolcezza, accolse volentieri sì fatte esperienze, e stabilì, che l'infanticidio fosse meno punibile del parricidio (35). E quanto più divenne generale la persuasione, che la pena di morte si dovesse applicare di rado, e nelle sole specie più gravi d'omicidio premeditato; quanto più lo sparire delle pene capitali qualificate alterò la scala penale, che era stata fino ad allora in vigore; tanto più si formò l'opinione, che la pena di morte fosse ingiusta, come ordinaria dell'infanticidio. Non si può per altro dissimulare, che da poco in qua si è incominciato, a furia di declamazioni e di frasi sentimentali, a predicare nell'infanticidio una dolcezza tanto inconseguente (36), da minacciar di distruggere ogni rispetto per la giustizia penale.

(34) *De crimin.* lib. XLVIII. tit. 16. cap. 1. « Mitius hac parte « cum illis agendum, quae et amoris vi victae alterius libidini ob- « secutae sunt. Est enim infamiae metus eiusmodi, ut cadat etiam « in constantes viros: quanto magis in timidas puellas? »

(35) La pratica non recedè subito dalla pena di morte: ma dichiarò da prima, che in vece dell'annegamento avesse luogo soltanto la pena della spada. V. Boehmer *ad C. C. C,* art. 131. §. 19. Quistorp Principj §. 285. Meister §. 160.

(36) Tittmann progetto di un codice penale pel regno di Sassonia, nelle osservazioni e nei motivi, p. 44.

§. 3.

Punto di vista per la retta estimazione dell' infanticidio.

Anche nella dottrina dell'infanticidio si manifestò l'influenza pregiudicevole delle soverchie generalità. I giureconsulti ricercarono certi aspetti universali, sotto di cui poteva considerarsi un delitto, e ciò, che poteva convenire in un gran numero di casi, fu preso a regola in tutti. Così avvenne, che nacquero due partiti fra i criminalisti: l'un de' quali riguardò l' infanticidio, come un delitto discolpato da motivi gravissimi (37), e non gli volle veder minacciata che una pena leggiera; mentre l'altro, rivoltato da alcuni casi, che gli si affacciarono, e sdegnato delle declamazioni degli avversarj, non vide nell'infanticidio, che una specie di parricidio, e quindi giustificò la pena di morte assolutamente determinata. Ambedue questi partiti caddero in errore; perchè ciascheduno si figurò arbitrariamente la situazione, in cui pretendeva che ogni donna infanticida commettesse il delitto, e si attenne ad alcuni casi, che convenivano all' adottato principio. Ma l'infanticido è un delitto, del quale non è dato affermare, che non meriti mai la morte, nè si può asserire, che la capitale debba essere l'ordinaria sua pena. D' altra parte non si può negare, che, se si raccoglie il maggior numero di simili criminosi avvenimenti; se si tien dietro alle loro origini naturali, e si prendono in esame i casi consueti, non accompagnati da straordinarie circostanze diminuenti, nè aggravanti; il legislatore non si può avventurare a comminare la

(37) Meyer nella sua ingegnosa opera *Esprit, origine, progrès des institutions jud. vol. VI. p.* 476 procede tant' oltre, da desiderare che l' infanticidio sia tolto dalla serie dei *crimini*, e collocato in quella dei *delitti*.

morte, od una pena assolutamente determinata vicina alla morte, come ordinaria conseguenza giuridica di questo delitto. Se prendonsi ad indagare, come dee farsi in ogni maleficio, le sorgenti e le cause dell'infanticidio; per una gran maggiorità di casi incontransi in esso motivi di più mite penalità. E se d'altra parte i più gravi delitti, come l'omicidio premeditato, la rapina, la violenza in femmina, derivano da motivi di odio, di avidità, di vendetta, di fierezza bestiale, i quali provano la somma corruzione morale del malfattore; noi ritroviamo d'ordinario le origini dell'infanticidio in una cooperazione di cause, che si rovesciarono addosso alla delinquente. Qui noi vediamo una donzella, che, dopo aver ceduto un istante alle lusinghe d'un astuto seduttore, riflette con orrore alle conseguenze d'un momento di abbandono: che, lasciata dal suo seduttore, e privata della speranza di poter ricoprire col matrimonio gli effetti del suo fallo, prevede di esser cacciata di casa dalla severità dei genitori, o bruscamente licenziata dal padrone. Solo col sentimento della disperazione pensa la sciagurata al momento del suo parto, e che, mentre col sudore della sua fronte ha potuto sinora guadagnare appena il pane per sè, dovrà d'ora in poi sostentare un'altra creatura, la cui esistenza, apportandole grandissimi pregiudizj, le torrà il modo di ritrovare un buon servizio, e di collocarsi in matrimonio. In simil contrasto di pensieri la infelice non vede che un mezzo per salvare l'onore, e provvedere alla propria sussistenza: ed appunto quel fortissimo e nobilissimo sentimento d'onore spinge la misera ad infierire contro il frutto delle sue viscere. Nella qualità dunque dei motivi, che determinano al delitto, è dato di ritrovare una causa mitigante. Non sarebbe giusto per altro l'attribuire il principale valore a questa, la quale anzi acquista la

sua forza da una seconda ragione, che consiste nel riguardo, dovuto allo stato fisico e psicologico delle partorienti. Se la donna maritata, assistita con ogni più tenera cura da' suoi attinenti, e non tormentata da alcuna incertezza di sussistenza, non conserva nelle ore del parto quella tranquillità, che certi giudici inesperti sembrano frequentemente presupporre nel sentenziare delle infanticide; se, durante la gravidanza, si presentano nella donna alterazioni morbose (38), che operano necessariamente sulle disposizioni dell'animo; se l'angustia dei travagli del parto cotanto esalta le facultà, da potersi dai medici appellar malattia (39); che sarà della fanciulla illegittimamente fecondata, nella quale allo stato morboso, che è proprio di ogni partoriente, si aggiungono tutti i patimenti corporei e spirituali, che provengono dal pensare alle conseguenze del parto imminente? L'eccitabilità dell'animo, l'alterazione del sistema nervoso non dee quivi spignere al più alto segno l'angoscia e la confusione, sopprimere la virtù riflessiva, e dar vita a risoluzioni, le cui origini interne non sono forse da ricercarsi che nello stato morboso? Se è vero, che, secondo l'osservazione di medici illustri (40), anche le donne maritate, quando sono primipare, restano sorprese nel parto da un vero furore, che stimola la moglie felice ad un odio rabbioso contro il diletto marito, e le comunica il desio di distruggere tutto quello, che la circonda; come nella donzella illegittimamente incinta, che sorpresa

(38) V. Capuron *la médecine légale relative à l'art des accouchemens*, Paris 1821. p. 87-89.

(39) Hunter dell'Incertezza dei segni nell'uccisione dei figli illegittimi. *Meckel diss. de causis infanticidii, Hal* 1815.

(40) Wigand negli annali di medicina pubblica di Kopp, tomo IX. p. 16. Nögele nell'esperienze e nei trattati delle malattie del sesso femminile, p. 103. Henke nel giornale pei medici psicologi, anno 1819, fasc. 2. p. 219.

dall'ora del parto non riceve alcuna assistenza, e nella cui mente si agitano tutte le idee dell'ira de' genitori, del dispregio del vicinato, della povertà e del vitupero, non ammettere la possibilità di un simile stato, capace di sopprimere, o almeno di scemar grandemente l'imputazione? Quindi il legislatore ha il dovere di considerare per motivo mitigante nel delitto d'infanticidio l'eccitabilità morale, esaltata dal parto, e la morbosa alterazione del sistema nervoso, nella quale le immagini del biasimo paventato, e della miseria, invadono procellosamente l'animo della partoriente, e generano, o maturano la risoluzione di uccidere.

§. 4.

Massime delle moderne legislazioni.

Agli errori dei giureconsulti, e specialmente alla smania degli universali, parteciparono ancora i legislatori. Onde s'intende il perchè alcune leggi colpirono ogni infanticidio con una pena leggiera, meramente privativa di libertà, ed altre gli minacciarono la pena di morte assolutamente determinata. Per altro il naturale buon senso, che d'ordinario serve di guida ai pratici, fece valere le sue ragioni anche in questa materia, e così, per mezzo di eccezioni e di aggiunte, si cercò di riparare al male, che veniva da una regola inflessibile minacciato. Il codice austriaco (41) non stabilì che la carcere a vita anche per la strage del figlio legittimo, commessa dalla madre nel parto, e punì l'uccisione del figlio illegittimo con la carcere da dieci a vent'anni, la quale discende

(41) Cap. XVI. §. 122. Jenull dir. crim. austr. parte II. p. 232. Zeiller contribuzioni annuali alla cognizion delle leggi, parte I. p. 153.

ai cinque fino ai dieci anni, se l'infante perì per volontaria omissione della necessaria assistenza. Il codice bavaro minaccia alla infanticida solamente la casa di disciplina a tempo indeterminato (42), ma innalza la pena fino a quella delle catene, quando la infanticida ha vissuto da pubblica meretrice, od è già stata punita per gravidanza occultata, e constituisce la pena di morte pel solo infanticidio reiterato. I progetti compilati dietro a questo codice modificano sì fatta disposizione, cancellando intieramente, come esempigrazia il progetto bavaro del 1823 (43), la pena di morte, od aggravando la disposizione del codice stesso, come fa il progetto pel regno di Württemberg (44). Notevole per la sua dolcezza è pure il nuovo progetto pel regno di Sassonia (45). Il codice pel regno d'Italia (46) esclude la pena di morte, e nella pena fa distinzione fra il delitto commesso dal

(42) Art. 158.

(43) Nell'art. 241. si dice: « La infanticida dee condannarsi « alla casa di disciplina, e questa pena, se la strage fu risoluta con « premeditazione, od eseguita con riflessione, dee decretarsi per « vent'anni ».

(44) Nell'art. 157. sta scritto: « Una madre, che per via di « violenza, o di omissione de' necessarj soccorsi, uccide intenzio- « nalmente nel parto, o subito dopo il medesimo, il proprio figlio « illegittimo vitale, dee condannarsi alla pena delle catene ». Art. 158. « Se una tale infanticida avea già prima di partorire formato la « risoluzione di uccidere il figlio, e in conseguenza della medesima « commette il fatto, o se si è resa debitrice di una recidiva in que- « sto delitto, o ha già sofferto una pena per uno de' casi, contem- « plati nell'art. 159—162, debb'esser punita di morte ».

(45) Per l'art. [illegible], la donna che uccide il suo figlio illegittimo appena nato nel tempo del parto, o dentro 24 ore dopo di esso, postochè non avesse confessato la sua gravidanza, nè il suo sgravio ad alcuno, fuorchè a' suoi più intimi confidenti, dee punirsi con la casa di disciplina da 4 fino ad 8 anni.

(46) Codice penale pel regno d'Italia, art. 433.

Digitized by Google

padre, o dalla madre (47). Fra i pareri sopra il codice meritano attenzione alcune riflessioni contro l'opinione, che debba esser punito meno il padre, quando uccida il figlio illegittimo, che quando tolga la vita al figlio legittimo (48). Il codice spagnuolo delle *Cortes* del 1822 (49) punisce con la casa di lavoro da quindici fino a vent'anni, e con l'esiglio, l'infanticidio, commesso per ricoprir la vergogna da una madre di buona fama dentro ventiquattr'ore dopo il parto. Il codice penale del canton del Ticino, pubblicato nel 1816, ed accresciuto nel 1822 (50), contempla insieme l'infanticidio, e l'esposizion dell'infante, e stabilisce in pena la casa di lavori forzati di terzo grado. Il codice penale di S. Gallo (51) non distingue, come suol farsi, l'infanticidio per una

(47) Ivi si dice « La pena dell'infanticidio, diretto ad occultare « una prole illegittima, è di casa di forza in quinto grado per l'uo- « mo, ed in quarto grado per la donna, se la madre di buon nome « e fama sia nubile, vedova, o disgiunta dal marito ».

(48) Vol. II. p. 45. della collezion dei travagli sul codice penale pel regno d'Italia.

(49) P. II. tit. 1.

(50) L'art. 263. dispone: « L'infanticidio, commesso nella « prole illegittima dalla madre, o da altri coagenti, o siasi ucciso « l'infante appena nato, o sia stato esposto in modo tale, che pre- « sumibilmente dovesse morire, e la morte ne sia in fatti avvenuta, « o gli sia stata procurata la morte con la sottrazione dei necessarj « soccorsi, cure, ed alimenti, è punito coi lavori forzati in terzo « grado ». A tenore dell'art. 10. il primo grado della detta pena è da tre a cinque anni; il secondo, da cinque a dieci; il terzo, da dieci a quindici.

(51) Nell'art. 152. del cod. pen. del 22 giugno 1819 si legge: « Quando, nei casi, in cui una madre abbia tolto la vita al suo figlio « illegittimo appena nato, o non si può con legale certezza stabilire « in genere l'essenza di tatto, od in specie la vitalità del bambino, « od altre circostanze lasciano il giudice in dubbio del proposito, o « dell'intiero senno, o della libera volontà della delinquente, questa « dee soggiacere alla pena della casa di disciplina da sei fino a « dieci anni ».

specie particolare di delitto, e così non fa menzione che del caso, in cui deve applicarsi una pena straordinaria. E perciò sembra, che negli altri casi, in cui non si presenti alcuna legal circostanza attenuante, il legislatore abbia riputato, che debba aver luogo la intiera pena del parricidio. Il codice prussiano, declinando dalle legislazioni finqui riferite, sembra confermare l'antica severità; giacchè la madre, che nel parto, o dopo il parto, uccide intenzionalmente il proprio figlio appena nato, è minacciata della morte di spada (52): e questa medesima pena sovrasta ad ogni intraprendimento, o preparativo della madre, il quale secondo il corso consueto, a lei noto, delle cose, ha prodotto la morte del fanciullo. È giusto per altro avvertire, che la legge prussiana fu compilata in un tempo, in cui i principj legislativi erano più imperfetti, e le indagini mediche e psicologiche non avevano ancora sull'amministrazione della giustizia ottenuto quell'influenza, che più tardi fu loro concessa. Si cadrebbe per altro in errore, se si credesse, che il legislatore prussiano abbia equiparato l'infanticidio al parricidio. Osservando, che, secondo le leggi prussiane, l'omicidio premeditato è punito con la ruota (53), e quello d'impeto con la spada, apparisce la più mite opinione del legislatore. E siccome nella maggior parte dei casi non si possono pienamente provare tutti i requisiti dell'infanticidio, ed allora non sono applicabili che le pene straordinarie (54); si vede, che alla pratica prussiana non fu difficile il modo di evitare la pena di morte.

Sebbene gli esposti motivi abbiano indotto la maggior parte delle legislazioni a cancellare l'infanticidio dalla classe dei delitti capitali; pur fra i codici moderni

(52) Diritto provinciale prussiano, parte II. tit. XX. p. 965.
(53) l. c. §. 826. conf. col. §. 806.
(54) l. c. §. 938—64, e §. 968—74.

se ne trovano alcuni, che lo colpiscono con la pena di morte. Appartengono a questi il codice francese (55), l'olandese (56), quello di Basilia (57), e quello di Berna. Mentre il primo in un modo mirabilmente stringato qualifica infanticidio ogni premeditata uccisione d'un fanciullo appena nato, e la punisce di morte, il secondo reputa necessario descrivere minutamente i modi di commissione, pone sotto all'infanticidio anche l'esposizion dell'infante, esige per la piena applicazion della pena la prova rigorosa, che il bambino abbia vissuto dopo la nascita, minaccia in tal caso lo strangolamento per l'infanticidio consumato, ed una pena minore, se la vita del bambino non è dimostrata. Il codice di Basilia enumera le specie dell'omicidio premeditato, fra le quali colloca il parricidio, ed aggiugne, che s'intenda pure infanticidio, quando una madre, nel parto, o dopo di esso, intenzionalmente intraprenda, o a bella posta ometta qualche cosa, onde necessariamente provenga la morte del bambino recentemente nato: ma commina ad un tempo (art. 106.) una serie di pene straordinarie pe' casi, in cui manchi qualche requisito del delitto (58). Molto particolarmente dispone la legge di Berna del 18 Febbrajo 1823. Essa ammette come ordinaria la pena della spada, ma contempla parecchie circostanze attenuanti, ed espone i casi, in cui si debbono applicare pene straordinarie. Le ragioni, che poterono determinare questi legislatori a pu-

(55) Code pénal art. 300.

(56) Art. 103—112.

(57) Art. 100—106.

(58) Quando per esempio il bambino, secondo il parere dei periti, ha vissuto nel nascimento, deve applicarsi la casa di disciplina da sei fino a dieci anni: e se di più si presentano lesioni mortali sul corpicciuolo, senza che sia pienamente scoperta l'uccisione premeditata, commessa dalla madre, si fa luogo alla stessa casa di disciplina da sedici fino a vent'anni.

nire di morte un delitto, che, secondo il maggior numero dei giuristi, non e degno di pena capitale, sono state principalmente dichiarate dai compilatori del codice francese, e dai motivi della legge di Berna. I consiglieri di Stato Faurc, Réal, e Giunti giustificano il rigore, dicendo (59): « Il est impossible, che l'infanticide ne « soit pas prémédité, il est impossible qu'il soit l'effet « subit de la colère, ou de la haine, puisqu'un enfant, « loin d'exciter de tels sentiments, ne peut inspirer que « celui de la pitié. Il est hors d'état de se defendre, « hors d'état de demander du secours, et par cela seul « il est plus spécialement sous la protection de la loi. « Des hospices sont établis pour recevoir ceux, dont on « ne peut prendre soin. L'infanticide donc est sous tous « le rapports un acte de barbarie atroce, et quand il « seroit quelque fois le fruit du deréglement des moeurs, « une telle cause ne peut trouver d'indulgence dans une « legislation protectrice des moeurs ». Un ingegnoso scrittore (60) giustifica in generale il rigore francese, ed aggiugne, che non già la vergogna, e nobili motivi danno per lo più l'impulso a delinquere alle infanticide, ma l'amore del proprio comodo, e il desiderio di francarsi da certi impedimenti. Non è, dic'egli, la severità dei genitori, o dei tutori, che determina le fanciulle al delitto; chè la maggior parte di simili delinquenti si ritrovarono a servire sotto buoni padroni: non è la privazione dei sensi; perchè le più di esse si occuparono, subito dopo il fatto, di faticosi lavori. I motivi del co-

(59) V. côde pénal, précedé de l'exposé des motifs par les orateurs du conseil d'Etat, liv. III. tit. 3. c. 1., ed. stereot. du 1810. p. 88.

(60) Rebmann nel magazzino per gl' impiegati di giustizia e di polizia, tomo II., fasc. 1. num. 2. p. 40.

dice di Berna (61) non tanto si fondano sopra le cause generali di giustificazione, quanto, e precipuamente, sopra i fatti sperimentali, che somministrava la Svizzera intorno ai modi di commettere l'infanticidio.

§. 5.

Esame della giustizia della pena capitale, come ordinaria dell' infanticidio.

L'autore di questo scritto non è del numero di quei criminalisti sentimentali, che reputano ogni delitto come una malattia dello spirito, e vorrebbero sottrarre ogni malfattore alla spada della giustizia. Egli crede che il cancellare la pena di morte dai codici criminali non sia che un pio desiderio, la cui attuazione rimarrà sospesa, fintantochè si daranno delitti degni di morte; tuttochè le ragioni, esposte recentemente dal Signor Guizot, possano aver molto peso nei delitti politici. Ma il numero dei delitti degni di morte è molto piccolo, ed a quello non appartiene per regola l'infanticidio. Le ragioni accennate di sopra, dedotte dai motivi del delitto, e dallo stato fisico e psicologico della

(61) Ivi si dice: « Chiunque conosce il nostro popolo sa bene, « che nelle infime classi, alle quali appartengono quasi tutte le in- « fanticide, l'abbominevol costume delle visite amorose notturne ha « tanto scemato il sentimento d' onore, che ben di rado l' infanti- « cidio procede da esso, e che la maniera crudele, onde vengono « uccisi i più dei fanciulli, è prodotta da una fierezza di carattere, « che può essere in qualche modo frenata dalla sola minaccia della « pena capitale. Soltanto l' addolcimento dei costumi, che in quelle « classi può conseguirsi principalmente per via di opportuna instru- « zion religiosa, renderà più raro questo delitto. Quando del resto « si presentasse un caso, in cui la madre fosse stata determinata « all' infanticidio dal timore di perdere l' onore del sesso, il §. 17. « pone il giudice in grado di riferire il fatto ad una specie di dis- « sesto mentale, e di seguitare i nobili impulsi del proprio cuore ».

partoriente, parlano abbastanza in favore di questa opinione; quantunqne io attribuisca sempre più di forza al secondo che al primo fondamento, e tanto la precedente disposizione di spirito, quanto il timore del biasimo, meritino tutta l'attenzione dei criminalisti, perchè esercitano una possente influenza sull'animo della sciagurata nei momenti del parto, il quale eziandio come stato morboso, diminuisce l'imputazione. Se si considerano gli argumenti, addotti per giustificare la pena di morte, si riconosce, che quelle declamazioni, dirette a stabilire, che i motivi della infanticida non debbon trovare accoglienza in una legislazione protettrice della morale, non meritano alcun riguardo: e quando si odono oratori francesi parlare in quella guisa, la memoria ritorna involontariamente al verecondo imperator Giustiniano, ed alla famosa *castitas temporum nostrorum!!!*

1) Primieramente si afferma a torto, essere impossibile, che l'infanticidio non sia premeditato. Non v'è che il prurito infelice degli universali, che possa suggerire simili declamazioni. Così non si bada in fatti a quei casi, in cui alcune fanciulle, le quali proseguendo a vivere sul principio in una dolce illusione, e poi contando, che il figlio nascerebbe immaturo, o morto, non fanno il menomo preparativo per isgravarsi, e si trovano improvvisamente sorprese dai dolori del parto. Deluse nelle loro speranze, travagliate più o meno da un vero tetano uterino; spogliate della potenza di riflettere da tanti patimenti morali e fisici; stimolate senza pensare al futuro, a profittare del favor del momento, per allontanare con un fatto subitaneo il frutto della loro vergogna, e salvare l'onore, altrimenti perduto senza riparo; eccitate ancora dall'aspetto del bambino, che presenta una debole vita, ed il cui avvenire non può dalla madre presentirsi che torbido o malinconico; non di rado queste misere puerpere affer-

rano il capo della povera creatura, e con una rapida compressione di mano consumano il delitto appena risoluto. Chi oserà qui di affermare che l'infanticidio non si possa commettere senza premeditazione? Quindi i più circospetti (62), come i più temerarj (63) giuristi francesi si dichiarano contro il soverchio rigor della legge, del quale è conseguenza la impunità totale delle accusate, prodotta dal pio spergiuro dei giurati.

2) Fa d'uopo stupirsi anche più di un'altra inconseguenza del diritto francese. Nella strage del figlio, nato da qualche tempo, il presidente può fare, come in ogni altro delitto, la domanda della premeditazione: ma nell'infanticidio, come uccision dell'infante appena nato, il presidente non può fare la stessa domanda, a motivo della presunzion della legge. Or si ricerchi ad ogni pacato osservatore, se l'amor della madre verso il suo figlio non cresce a misura che essa gli ha prodigato le sue tenere cure, e n'è stata ricambiata di amorose carezze? E come l'amore del figlio, che già con la debol sua voce ha cominciato a balbettare il nome materno, non dovrebb'esser più intenso di quello portato alla creatura, che con fievoli segni di vita è uscita pur ora dal grembo della madre? Eppure nel parricidio la discolpa per difetto di premeditazione è possibile, e nell'infanticidio è impedita dalla legge (64).

3) Un bambino appena nato, si prosegue ad opporre, non inspira nè odio, nè ira, e solamente una barbarie enorme può sopprimer la voce della compassione, risve-

(62) Legraverend, traité de legislation criminelle, tom, II, p. 101. not. 8.

(63) Bavoux Leçons préliminaires sur le côde pénal, p. 120—132. Destriveaux Essais sur le côde pénal, Liege 1818, p. 118—123.

(64) V. Destriveaux, Essais sur le côde pénal p. 124.

gliata dal figlio. Se si volesse esser conseguenti, si dovrebbe unicamente dedurre da questo principio, che l' infanticidio è appunto uno di que' delitti, che si commetton di rado con premeditazione; perchè solamente una causa straordinaria può spiegare un fenomeno, che tanto aborre dalla natura, e spingere all' uccisione di un essere, che non poteva irritare l' autrice del fatto. Ma non si debbono lasciar dimenticate altre osservazioni psicologiche. Si fa un ragionamento falso, quando in ogni donna illegittimamente incinta si presuppone quell' amore, di cui vediam compresa la madre legittima nell' allevatura e nell'educazione del figlio. Ancorchè questo sentimento, e ciò rimane a provarsi, fosse in tutte le madri; è noto, che lo sviluppo e la comparsa dei sentimenti è l' opera di circostanze esterne. Mentre la moglie onesta e felice, che nel figlio vede quell' essere, che più intimamente la stringe al marito, e nella sua piacevole prosperità non è tormentata da alcuna incertezza di sussistenza, abbraccia con tutta l' effusione dell' amore il figlio lungamente desiderato, alla cui esistenza vanno spesso congiunti vantaggi di non piccolo conto; la illegittimamente incinta non può pensare con gioja alla nascita del figlio: e sebbene voglia riputarsi ingenerato anche in lei l' amore materno, questo è indebolito certamente dal pensiero, che il bambino non desiderato sarà testimonianza di vergogna, e costringerà a sacrifizj, che solamente una virtù eroica sa insegnare in molti casi a soffrire. Postochè non si trascuri di valutare le sensazioni, che nel momento del parto travagliano la sciagurata, si dovrà convenire, che la disposizione di spirito, in cui essa si trova, a motivo del sentimento oppressivo dell'onore perduto, della somma esacerbazione contro l' infido seduttore, e della prospettiva di un funesto avvenire, non è al di sotto di quella, che riconosciamo capace di

discolpare gli omicidj commessi nell'impeto. È pure una falsa supposizione il credere, che le infanticide conoscano la grandezza della loro ingiustizia; perchè molte al contrario fanno tacere con fallaci ragionamenti la voce dissuasiva del dovere (65).

4) Ancorchè in generale volesse credersi giusto non far valere il sesso femminile come circostanza attenuante, non si può negare per altro, che nelle azioni, aventi radice in un eccesso di passioni particolarmente proprie delle donne, l'imputazione debb' essere necessariamente minore (66), e che quindi il legislatore in quei delitti, che d'ordinario derivano dall'esaltazione di un sentimento, della cui forza Hunter (67) racconta notevolissimi esempj, non dee minacciare una pena, che si potrebbe giustificar solamente nei malefiej commessi a sangue freddo, ed animati da un deciso *dolus malus*.

5) Il dire, che le infanticide possono esser frenate solamente dalla comminazione della pena di morte, non fa al caso; perchè tutte le gravi obiezioni, che si fanno contro la teorica della coazione psicologica, valgono ancora contro questo argumento, e perchè l'idea della

(65) Io mi son ritrovato a sentir fare da qualche infanticida il ragionamento immaginato da Bavoux. *Leçons* prélim. p. 125. Il « lui semble, qu'en sacrifiant son fruit elle ne fait que disposer d'une « partie d'elle même, que la societé n' a pas le droit de lui deman- « der comte d' une fécondité qu' elle ne lui commandoit pas ».

(66) V. la dissert. di Spangenberg nel tomo I. di questi scritti germanici p. 178. e segg.

(67) Egli narra (Repertorio di Plitt p. 577.) di essere stato chiamato a visitare una donzella, di aver sospettato di lei, e di averla confortata a confidargli il suo segreto, promettendole di fare di tutto per salvarla dal pericolo; che la infelice negò la sua gravidanza, e morì fra i più violenti dolori. Nella sezione Hunter trovò un bambino, che era già entrato nel bacino della madre. Quella infelice ebbe tanto orrore della vergogna, che preferì la morte alla confessione del suo fallo.

pena capitale non può riuscire efficace nella forza del sentimento, che spinge la madre a delinquere, e nell'indole particolare della sua disposizione di spirito.

6) Quando Rebmann cita dei casi, in cui il delitto è generato da leggierezza, e da amore del proprio comodo, senza che si presentino traccie di sensi perduti; può con questo mostrar solamente, che talora è giustificabile una pena più grave, ed anche quella di morte. Ma ciò non vale a difender la legge, che eleva al grado di regola quello che avviene di rado, e minaccia una pena, le cui presupposizioni hanno luogo al più dieci volte in cento casi.

7) Anche le querele dello spento pudore delle donzelle non provano nulla; perchè non ne rimane ad ogni modo rimosso il secondo e più grave motivo mitigante, cioè lo stato psicologico e fisico delle partorienti. Si conceda pure, che i genitori e i padroni non sieno più tanto severi verso le fanciulle sedotte; si conceda pure, che la vantata instruzione de' tempi nostri abbia addolcito il giudizio del pubblico verso le illegittimamente incinte: le relazioni per altro, tuttochè in un grado meno sensibile, nei punti essenziali si conservano sempre le stesse. La fanciulla, che è stata feconda, non trova servizio così facilmente, e di rado le si presenta un'occasione di matrimonio. I genitori, per buona sorte, non sono ancora divenuti sì franchi da sentirsi indifferenti per la gravidanza delle loro figlie; e l'invio alle case di occulta maternità e dei trovatelli, le quali debbono distruggere la discolpa, che nasce da difetto di soccorso, non vale per le partorienti, che si trovano in piana terra, e lontane dalle città; per modo che lo splendore di sì fatti stabilimenti illustra più le carte, che la vita. Non per sentimento esagerato di pietà si afferma dunque, che un giusto legislatore non dee comminare all'infanticidio, come pena

ordinaria, la morte. E qui si rilevi un'altra inconseguenza della legislazione francese, che nomina separatamente l'infanticidio, assegna i caratteri del fanciullo nato di fresco, e non ostante colpisce questo delitto con la pena del parricidio (68).

§. 6.

Esame delle disposizioni penali delle legislazioni germaniche.

È inesattissima nomenclatura quella, per cui si chiama in tedesco Kindermord l'infanticidio, mentre si riconosce, che questo delitto consiste in una specie particolare meno punibile di omicidio, e si sa, che il vocabolo Mord esprime l'omicidio più scellerato, commesso con premeditazione e riflessione. Sarebbe più giusto valersi della parola Kindestödtung (*uccision dell'infante*), e, nella maggior parte dei casi, della parola Kindestodschlag (*uccisione precipitata dell'infante*) (69). Fu un errore dei legislatori quello di raccogliere sotto un solo punto di vista i più diversi casi d'infanticidio, e di minacciare ai medesimi una pena eguale (esempigrazia in Baviera la casa di disciplina) a tempo indeterminato. Si possono in fatti presentar certamente dei casi di vero Kindermord (*infanticidio premeditato*), nei quali questa pena è troppo lieve, e ne possono occorrere altri, in cui la pena debba essere abbassata molto di più. Se si prendono in esame i casi, in cui anche le più dolci le-

(68) Imbert *diss. de crimine infanticidii* p. 41.

(69) Salchow Elem. di dir. pen. 3.ª ediz. p. 203. V. anche Feuerbach Critica del progetto di Kleinschrod, parte III, p. 189.

gislazioni ammettono eccezionalmente la pena di morte, contro di esse si possono fare molte obiezioni.

1) A tenore, esempigrazia del codice penale bavaro, l'infanticidio *ripetuto* dee soggiacere alla pena di morte (70). Sebbene sia vero, che una fanciulla, la quale ha già partorito una volta, faccia col secondo delitto fondatamente presumere di averlo risoluto ed eseguito con premeditazione; pur la parola *ripetuto* è stata scelta indebitamente, avvegnachè in tal modo non si consideri affatto, se la infanticida sia stata già punita del suo precedente reato. Laonde sarebbe sempre più giusto nominare la *recidiva* d'infanticidio. Ma di più si sta troppo sulle generali, quando si colpisce di morte ogni recidiva d'infanticidio (71). Immaginiamo una donzella, che fecondata molti anni fa in Parigi, ivi, nello stato di somma disperazione e di vero furore, uccidesse il suo figlio. Si reca la medesima a Vienna, dove tutti ignorano il suo precedente delitto, ed ha la disgrazia di esser sedotta di nuovo. Nella situazione, in cui si ritrova, ella sarebbe ruinata, ove divenisse nota la sua gravidanza. Se nel momento di un *partus praecipitatus*, e nello stato di confusione di sensi uccide il suo bambino, si potrà sottoporre a tutto il rigor della legge?

(70) Art. 158.

(71) Escher (Trattati sugli oggetti della scienza del diritto penale, p. 195) dimostra benissimo, che un delitto in sè immeritevole di morte, non può divenirne degno per sola cagione di recidiva. Egli per altro crede (ed in ciò non divido la sua opinione), che la pena di morte per l'infanticidio ripetuto faccia eccezione alla regola; perchè la pena di morte, che nel semplice infanticidio vien rimessa per una specie di grazia, a motivo di una presunta causa attenuante, deve applicarsi nell'infanticidio ripetuto, non per via della recidiva, ma della propria penalità dell'azione; in quanto che le circostanze attenuanti subiettive non appariscon fondate, quando concorre la ripetizione.

2) L' eccezione, con la quale si stabilisce una pena più alta, quando la infanticida ha vissuto da pubblica meretrice, si può giustificar solamente in quanto sparisce in tal caso la prima causa attenuante: ma ancora la meretrice è soggetta alle leggi fisiche della natura muliebre, e non si può negare, che possa aver luogo in lei pure uno stato, che le impedisca di conservarsi padrona dei proprj sensi. Non occorre per altro, che questo caso sia specialmente contemplato nella legge; perchè il giudice dee valutare la causa sopprimente la imputazione nella meretrice, come fa, quando una madre uccide il suo figlio legittimo.

3) È ragionevole, che il caso, in cui la infanticida abbia eseguito il suo delitto in virtù di una premeditata risoluzione, non sia confuso col caso, in cui la partoriente, senza aver prima chiaramente formato un proposito, trascinata dalla circostanza del momento, e dal suo stato fisico e psicologico, proceda alla strage: ma non conviene, che per questo caso sia minacciata una pena assolutamente determinata, come fa il progetto di Baviera, e quello di Württemberg. Che neppure in tal caso debba la madre considerarsi come un altro esecutor di omicidio premeditato, lo ammette anche il progetto bavaro, astenendosi dal comminare la pena di morte: ma, perchè in ciò fosse conseguenza, bisognava non abbandonare il sistema, che mette il giudice in grado di scegliere fra il *minimum* ed il *maximum*. Quando per altro si considera la premeditazione, come circostanza aggravante, non dee restare inosservato, che lo stato della illegittimamente incinta, precedentemente risoluta alla strage, non è lo stesso di quello, che si presenta nel comune autore di omicidio premeditato. La risoluzione di quella delinquente acquista nuova forza nel momento del parto, e spesso solamente allora diventa matura; per modo che

dal *post hoc* non lice inferire il *propter hoc*. Nè il giudice può con sicurezza affermare, che la madre procedè alla commission del delitto solamente per via della risoluzione anteriore; perchè nella specialità dello stato del parto, che ha avuto luogo fra la risoluzione e l'esecuzione, stanno riposte tali cause, delle cui sottili ramificazioni, e della cui efficacia non possiam giudicare.

4) Sono pochissimo degne di approvazione quelle leggi moderne, che stabiliscono la pena delle catene, o di morte, quando la infanticida ha già precedentemente sofferto una pena straordinaria. Io mi confido di poter dimostrare più sotto, che i castigamenti, minacciati nel codice di Baviera (art. 160—66) hanno contro di sè i difetti di tutte le pene straordinarie, e sono con pari ingiustizia superflui. Qui basti solamente avvertire, che la loro applicazione non dee somministrare alcuna ragione assoluta di aggravamento. Quando esempigrazia una fanciulla, che occultava la sua gravidanza, ha partorito morto un bambino immaturo, e ne ha nascosto il cadavere, ella deve (a tenore dell'art. 164. del codice bavaro) aver contro di sè la verisimiglianza della procurazion dell'aborto, ed esser condannata alla casa di lavoro da uno fino a due anni. Or si figuri, che una fanciulla sedotta partorisse nel 1809 un bambino morto, e fosse punita con un anno di casa di lavoro. Se nel 1816 ella riman fecondata di nuovo, e nel concorso di circostanze gravissime, e dopo un parto sommamente laborioso, uccide il figliuolo, dovrà soggiacere all'intiero aggravamento? Dov'è il punto di cunnessione, che accresce l'imputazione? Certamente in colei, che è stata già punita una volta, i motivi del timore della vergogna non influiscono più con tanta violenza: ma pure è sempre possibile, che le condizioni del suo spirito fossero simili a quelle del primo suo sgravio: e lo stato di parto, capital circostanza di-

minuente, è lo stesso di quello, che sarebbe, se non avesse ancora patito alcuna pena. Quindi la legge corre per lo meno il pericolo di essere ingiusta con la sua comminazione.

Non mi si farà certamente il torto di credere, che mediante il finquì detto io voglia per compassione soverchia sottrarre tutte le infanticide alla severità meritata. So anch'io, che alcune delinquenti, che non sono spinte al reato, nè dal rigore dei genitori, nè dalla condotta del fecondatore, si sconciano solamente per amore del proprio comodo, e commettono la strage a sangue freddo, dopo aver partorito tanto felicemeute da poter subito attendere ai più faticosi lavori. Rispetto a simili infanticide l'applicazion di una pena, computata su diverse presupposizioni, sarebbe un'ingiustizia verso la società. Quindi io vado persuaso, che il legislatore procederebbe con prudenza, se 1) all'infanticidio, commesso da donna illegittimamente incinta, e non mai punita per lo innanzi, comminasse una pena, limitata da un *maximum* e da un *minimum*; 2) se prescrivesse al giudice di aver riguardo alla pena già sofferta, ed alla mala condotta, senza per altro legarlo con la comminazion di una pena assolutamente determinata; 3) se riservasse la pena di morte ai soli casi, in cui venisse a sparire la sopraddetta duplice ragione di scemamento di pena, cioè per quando una delinquente, che avesse tenuto una cattiva condotta, e non fosse stata incitata dal rigore de' suoi genitori, avesse formato, prima di sgravarsi, la risoluzione di uccidere il bambino, e l'indole del parto provasse, che la partoriente non è andata soggetta ad alcuna confusione di spirito, o mania.

Digitized by Google

§. 7.

Dell' essenza di fatto dell' infanticidio, specialmente rispetto alla quistione, con cui si ricerca, qual sia il bambino, che dee considerarsi come nato di fresco.

I caratteri particolari dell' essenza di fatto dell' infanticidio, nel senso dell' art. 131. della Carolina, si possono ridurre a tre classi. 1) Alcuni appartengono all' infanticidio, in quanto è una specie di omicidio: esempigrazia, che vi sia un fanciullo vivo, e che si ravvisi una causal concessione fra la lesione, come motivo, e la morte, come effetto. 2) Altri sono requisiti della essenza di fatto dell' infanticidio, in quanto è una specie di parricidio. Si richiede per esempio, che la strage sia stata commessa dalla madre sul proprio figlio. 3) Altri sono conseguenze dell' idea fondamentale, ammessa dalla nostra pratica nel senso dell' art. 131, e dietro la quale alcuni moderni legislatori parlano d' infanticidio.

Dei caratteri della prima specie non si può fare a meno, perchè altrimenti non esisterebbe omicidio. Ma il difetto dei requisiti della seconda e della terza specie influisce soltanto sul titolo del delitto e sopra la pena; perchè l' infanticidio, nel senso dell' art. 131, confina col parricidio, e quindi, se manca un requisito della terza classe, come quando il bambino non si può considerare per nato di fresco, o per illegittimo, il caso contiene un parricidio.

Si esige principalmente per l' infanticidio, che il bambino sia *recens natus*. Or non si può certamente affermare (72), che dalla rubrica dell' art. 34 della Carolina (*de clandestino partu et eius internecione per ipsam*

(72) Come fa Rosshirt Elem. di dir. crim. p. 346.

matrem patrata) si desuma, che questo carattere sia stato ammesso dal legislatore; perchè altrimenti bisognerebbe concludere, che ogni fanciullo, la cui esistenza è stata occultata dalla madre, e che è stato ucciso durante quella occultazione, si dovesse considerare come nato di fresco. Questo carattere risulta piuttosto da tutto l'insieme dell'art. 131 (73), e dalle presupposizioni, che si trovano collocate sotto i casi, onde parlano gli articoli 131, 132, e 133, ed anche maggiormente dalle ragioni, per cui tanto la pratica, quanto alcuni moderni legislatori, colpiscono l'infanticidio men gravemente del parricidio. Imperocchè solamente nell'uccisione di un fanciullo nato di fresco possono servire di scusa quelle ragioni, che abbiamo contemplate di sopra; solamente una infanticida di tal fatta si può discolpare con lo stato psicologico e fisico del parto; di lei soltanto si può credere, che il timore della vergogna, mentre la gravidanza si conservava ancora segreta, fosse il motivo di commettere l'infanticidio per salvare l'onore. Non sembra essere conseguente il diritto francese, quando esso pure esige sull'infanticidio *un enfant nouveau né;* perocchè, siccome l'art. 300 del *code pénal* colpisce l'infanticidio di morte, e questa pena ha pur luogo nell'uccisione di un fanciullo cresciuto, così non si vede di qual importanza sia quella caratteristica (74). Ma sebbene non si possa negare qualche conseguenza nel detto art. 300, bisogna per altro ammettere, che al legislatore si affacciò principalmente il caso d'infanticidio, commesso dalla madre incinta fuori di matrimonio

(73) V. Salchow Elem. p. 201.

(74) Destriveaux Essais p. 119. Bavoux Leçons prélim. p. 107. Imbert *Diss. de infantic.* p. 42. Broukère (Diss. de infantic. Leod. 1823) crede, che ancora un bambino di più giorni possa contarsi per *un enfant nouveau né*, e lo deduce dall'art. 397. del *Code pénal*, e dall'art. 58. del *Code civil*.

sul figlio nato di fresco: ed allora bisognava, per torre ogni dubbio, aggiugnere l'attributo *nouveau né*, perchè altrimenti i tribunali avrebbero potuto credere, che non vi fosse legge penale, che contemplasse l'infanticidio proprio. Ora per altro quel carattere è anche meglio collocato nell'articolo, dopo che la verità ha trionfato, ed il nuovo progetto di legge di già approvato (75) ha concesso ai giudici la facultà di abbassare la pena contro la infanticida sino alla casa di lavori forzati in perpetuo.

Ora, ammettendo il requisito, che il bambino ucciso debba esser nato di fresco, si sollevano grandi controversie nel determinare, qual fanciullo debba riputarsi per tale. Alcune corti francesi proposero già, che il legislatore fissasse un certo tempo, entro il quale il bambino dovesse considerarsi come *nouveau né* (76), e diversi giuristi (77) trovarono un vuoto nell'art. 300, dove non è stato fissato il detto tempo. Fra le nuove legislazioni tedesche quella di Baviera (78) ha fermato, che un bambino, che non ha ancora tre giorni, si debba riguardare come nato di fresco. Si è affermato sovente a torto (79), che anche il legislatore prussiano abbia fissato questo

(75) L'art. 5. del nuovo progetto, presentato il 5 Aprile 1824 alla Camera dei Pari, dice: « La peine prononcée par l'art. 300 du « côde pénal contre la mére coupable d'infanticide, pourra être « reduite à celle des travaux forcés à perpetuité. Cette reduction « de peine n'aura lieu au profit d'aucun individu autre que la mé- « re ». V. anche Carnot Comm. sur le côde pénal, vol. II. p. 569.

(76) Observations des tribunaux criminels sur le projet, vol. I. p. 10; III. 5; IV. 7.

(77) Destriveaux l. c. p. 120.

(78) Art. 159. Concorda il cod. d'Oldenburg art. 169. Il progetto di Württemberg art. 157 parla di un fanciullo, che è stato ucciso immantinente, o subito dopo il parto.

(79) Jenull Dir. crim. austr. parte II, p. 233. in nota.

termine, e dichiarato come nato di fresco quel fanciullo, che non ha ancora compito ventiquattr'ore; perocchè gli articoli, che si citano (80), parlano solamente di quell'ordine di polizia, in virtù del quale la morte di un bambino, che è nato morto, o che ha cessato di vivere dentro le ventiquattr'ore, debb'esser denunziato all'autorità dentro ventiquattr'ore. Alcuni recenti progetti, esempigrazia il bavaro del 1825 art. 242, quello di Erhard §. 722., ed il sassonico del 1824 art. 440, hanno effettivamente ristretto l'infanticidio alla sola strage di un fanciullo, ucciso nel tempo del parto o dentro ventiquattr'ore dopo di esso, tuttochè il progetto sassonico abbia antivenuto con una giunta (81) molti pregiudizj di certi termini troppo precisi. Ma noi non esitiamo a giudicare superflua, ed anche inopportuna e pregiudicevole ogni definizione legale della nascita recente con assegnazione di un tempo. Solamente il diffidare del buon senso dei giudici, ed il credere, che le sole leggi esattissimamente determinate possano rimuovere i pericoli dell' arbitrio, hanno generato sì fatte disposizioni legali. Se si esamina la ragione, per cui nell' infanticidio si richiede un bambino nato di fresco, si vede agevolmente, che non si può fissare alcun termine uguale. Accaderà di rado, che quello stato fisico e psicologico, che dal legislatore è riputato come mitigante, perseveri nella madre ventiquattr'ore; ed anche più difficilmente gli si potrà accordar la durata di tre giorni. Postochè sì fatti termini fossero legalmente stabiliti, il giudice dovrebbe dunque comprendere sotto il titolo dell' infanticidio un

(80) Dir. prov. pruss., parte II, tit. 20, art. 912. 913. 949.

(81) Essa esige, che la strage sia accaduta in un tempo, in cui la madre non abbia confessato nè la sua gravidanza, nè il suo parto ad alcuno, fuorchè alle persone della sua più intima confidenza, e che l'una e l' altra cosa si conservi ancora segreta.

Digitized by Google

gran numero di casi, che non meriterebbero una punizione più mite. Che se poi il legislatore fissasse un termine più ristretto, per esempio due ore, dovrebbe temere di divenire ingiusto; perchè può molto fácilmente accadere, che lo stato diminuente l'imputazione sia di più lunga durata. È dunque inutile regolar legalmente a ore simili posizioni; anzi il legislatore non dee qui servirsi della sua autorità, perchè il retto giudizio della colpa dipende dall'esame di tutte le circostanze secondarie individuali. Ma se poi la nascita recente si vuol ritenere finchè rimane occulto il parto del bambino; allora sì che questo carattere non si può determinare ad ore, nè a giorni. Lo studio di regolare questo requisito a tempo certo può portare il danno, che sia punito il semplice caso, e commessa la più grande ingiustizia. Se per esempio una donzella uccide il suo figlio nell'ultima ora del terzo giorno dopo il parto, sarà infanticida, ed a tenore del diritto bavaro soggiacerà alla pena della casa di disciplina; laddove un'altra donzella, che uccida il figlio pochi minuti più tardi, cioè quando il bambino abbia compito il terzo giorno, andrà sottoposta alla morte.

Se ci volgiamo ai giuristi, vedremo professare opinioni egualmente diverse intorno alla nascita recente. Mentre alcuni osservan soltanto (82), se niuno, o le sole persone d'intima confidenzá della madre ebber notizia del fanciullo; altri (83) appellano nato di fresco un bambino, la cui nascita è una novità pel pubblico (84). Altri chiamano nato di fresco un bambino, fintantochè (85) non

(82) Esempigrazia Klein Dir. pen. §. 345.
(83) V. Werner Instit. di dir. pen. p. 341.
(84) Così si dichiara anche Rosshirt Elem. p. 347.
(85) Grolmann Dir. crim. §. 276.

è terminata nella madre la spaventosa lotta fra i sentimenti naturali ed il timore della vergogna: molti all'opposto (86) non riguardano più come nato di fresco il fanciullo, subito che il suo corpo ha una vita separata fuor della madre, e si apparecchia da sè la materia nutritiva. Coi più minuti ragguagli si è modernamente dichiarato in questo proposito Mende (87). Dopo che egli ha medicamente stabilito, i bambini nati di fresco esser quelli, che sono or ora venuti al mondo, hanno già respirato, e conservano ancora sopra di sè i caratteri della loro connession con la madre, deduce, che la proprietà della nascita recente venga a cessare, tostochè l'ombelico è pienamente guarito, e che questa guarigione accade nell'ottavo, o nel nono giorno, quando cade il resto del tralcio. Laonde ammette anche Mende, che la fanciullezza effettiva incominci solamente allorchè spariscono nel bambino i caratteri, che lo attaccavano immediatamente alla nascita, ed i pericoli, che sino a questo cangiamento hanno luogo. Lo stesso Mende sente per altro, che il diritto criminale non si può contentare di questa determinazione. Quindi egli distingue in tre periodi lo spazio della nascita recente. Il primo si estende dal momento della nascita sino alla piena respirazione, quando il più delle volte esiste tumefazione di capo e d'occhi, sovrapposizione delle ossa della testa, aderenza di sucidume e di umidità. Questo periodo è importante, perchè in esso frequentemente si dubita, se il bambino abbia vissuto, o no, dopo la nascita. Il secondo periodo si estende dalla piena respirazione sino al gustamento del latte, o di altre sustanze nutritive. Il terzo si riconosce dall'esistenza della poltiglia formata di quelle su-

(86) Tittmann Instit. ediz. 2. tomo 1. p. 342.
(87) Instit. di medic. for. tomo III. p. 198, 238, e 562—64.

stanze. Questo terzo periodo, secondo l'opinione di Mende (88) è il più esatto. Subito che nel corpicciuolo si trovano i resti di pigliato nutrimento, risulta, che il bambino ha vissuto, e che ricevè le cure materne: e ciò essendo, vanno, secondo Mende, a dissiparsi per la massima parte i riguardi, in grazia dei quali l'infanticidio è meno punito. Tostochè la madre ha dato da sé medesima, o ha fatto dare alimento al bambino; il grande eccitamento del sistema nervoso è cessato, essa e già ritornata capace di riflessione razionale, e l'amore materno già risvegliato dee trionfare dei riguardi, richiesti dalla situazione personale della donna. Quindi Mende afferma, che una madre, la quale uccide intenzionalmente il suo figlio, dopo avergli apprestate le sue cure, non ha più diritto ad essere dolcemente trattata.

Or se si cerca, qual sia fra queste varie opinioni la buona, e se si prende ad esaminare, quanto semplicemente la giurisprudenza francese ammetta la nascita recente (89); si scorge tosto, che il carattere di questa non può esser desunto dall'aver la madre occultato il bambino, nè dall'essere stata la sua nascita ignorata da tutti. Imperocchè altrimenti bisognerebbe ammettere un infanticidio nel senso più mite, quando la madre uccidesse il bambino, di cui fosse scaltramente riuscita a tener nascosta la nascita per un mese (90). E quando Werner (91) asserisce, che abbia diritto al *privilegium lenioris poenae* anche una madre, che dopo avere occultato per un anno il suo figlio illegittimo, lo uccide, perchè il suo

(88) l. c. p. 564.

(89) Carnot Comm. vol. II. p. 28. dice: « Il doit être entendu l'enfant, qui vient de naître, ou de l'instat, qui suit immediatement sa naissance ».

(90) Tittmann Instit. I. p. 343.

(91) Instit. §. 545. p. 341.

disonore è in pericolo di essere discoperto: noi possiam concedere al più, che questa infanticida ancora, date certe circostanze, possa colpirsi di una pena più mite: ma poichè il vero fondamento della minor punizione dell'infanticidio proprio non consiste solamente nel timore del biasimo, ed in altri motivi consimili, ma ancora nell'indole dello stato psicologico e fisico della partoriente, che forma ed effettua la risoluzione di uccidere; così non si può ammettere, che una donna, la quale priva di vita dopo qualche anno il bambino, fino ad allora occultato, abbia eseguito la strage di un fanciullo nato di fresco nel senso dell'art. 131. (92). La regola, che il bambino cessi di essere *recens natus* appena il suo corpo si è abituato ad una vita, separata da quella della madre, oltre ad essere sommamente indeterminata, non può riguardarsi come decisiva. In fatti da una parte ogni fanciullo è maturo, tostochè è distaccato dalla madre, e per sì fatta maturità è capace di vita indipendente, la quale è manifestata dalle prime grida; e da un'altra parte è verissimo, che egli solamente nell'ottavo, o nel nono giorno, perde i caratteri della sua connession con la madre, e che dopo questo tempo soltanto si abitua ad una vita per sè stante fuori di lei, per modo che si dovrebbe conseguentemente ammettere un infanticidio su di bambini, che non avessero ancora compito l'ottavo giorno. Se non che la circostanza, che il fanciullo non si era per anco avvezzato alla vita esterna, non può mai esercitare influenza sulla minore imputabilità della madre. Se tanto meno, perchè dopo la morte

(92) Gans, del delitto d'infanticido, Hannover 1824, chiama nato di fresco un fanciullo, fintantochè non è stato nutrito e vestito, fintantochè la madre seguita a soffrire le conseguenze immediate del parto, e fintantochè niuno ha notizia dell'esistenza del medesimo, tranne la madre, i suoi genitori, e il fecondatore p. 56—62.

di lui è sommamente malagevole riconoscere con certezza questo carattere. Anche l'opinione di Mende non può sempre riuscir profittevole ai criminalisti; perchè non è applicabile ai bambini, che furono uccisi, prima che la madre gli alimentasse: e perciò sarebbe mestieri ammettere, che si conservasse *recens natus* ogni fanciullo, non ancora pervenuto all'ottavo od al nono giorno finchè la madre non lo avesse allattato, e che così si potesse su di esso commettere infanticidio. La più semplice idea della nascita recente nel senso dell'art. 131, può dedursi unicamente dalla ragione, per cui la legge imputa meno l'infanticidio. E siccome questa ragione è riposta nella morbosa attività del sistema nervoso della partoriente per motivo del parto, la qual morbosa attività è pure aumentata dalle cause stimolanti all'infanticidio, e la ragione non può esercitar su di essa il suo pieno dominio; così l'infanticidio non può esser colpito da pena più mite, che quando è uccisione di un bambino nato di fresco, quando cioè il fatto è commesso, o nel tempo dei travagli del parto, o subito dopo di essi. La determinazione di questo tempo ad ore, o a giorni, non può esser fatta dalla legge (93). Il giudice criminale valuta il carattere poco dopo la nascita dietro la sola ragione del legislatore: ha riguardo all'esperienza onde vien dimostrato, che quello stato della partoriente il quale influisce sull'imputazione, può continuare anche dopo l'immediato distacco del figlio dalla madre (94), e quin-

(93) V. Spangenberg nel nuovo archivio di dir. crim. tomo II. p. 27. Jenull Dir. crim. aust. tomo II. p. 233. Salchow Elem. di dir. pen. p. 204.

(94) L'autore sa bene, che dietro le osservazioni degli ostetrici, lo stato d'irritazione nervosa dura sovente più giorni, e che può durare fino al compimento della debita separazione del latte. Ma in grazia di questa ipotesi non si può mai esigere dal legisla-

di riconosce come nato di fresco il bambino, per l'applicazion dell'art. 131 della Carolina, finchè può congetturare, che la madre si trovasse in quella irritazione nervosa, che è prodotta dal parto. In ciò la decisione dipende dalla più accurata indagine di tutte le circostanze secondarie: e solamente allorchè risulta verisimile, che per via di fatti particolari, come di parto laborioso, di debolezza e di stupidità, cagionata da esso, lo stato contemplato dal legislatore perseverasse, e che il ritorno della riflessione fosse differito, egli può considerare come nato di fresco un bambino, tuttochè ucciso alcune ore dopo la nascita. Ma il giudice si guarderà dall'abbandonarsi a generali presunzioni, e non riconoscerà un infanticidio su di un bambino nato di fresco, quando risulti dagli atti, a) che la madre, dopo aver partorito, tornò alle sue abituali occupazioni, o 2) che prestò la sua materna assistenza alla creatura, cioè le diede il latte e poi la uccise; perocchè in amendue i casi le circostanze dimostrano, che la donna aveva già riacquistato il possesso della sua riflessione, e che non ha diritto di essere più dolcemento trattata per causa di uno stato, che doveva già essere in essa cessato.

tore, che punisca più dolcemente ogni donna, che uccida il bambino dentro il terzo, o il quarto giorno dopo il parto. Di più sarebbe malagevole il dimostrare, che la partoriente rimanesse per tre giorni in uno stato simile a quello, che si presenta nel parto, e subito dopo di esso. Ma se per via di circostanze speciali questo stato morboso fosse effettivamente durato più lungamente; noi abbiamo avvertito il giudice ad avere quei medesimi riguardi, che avrebbe, se il bambino fosse stato ucciso immediatamente dopo il parto.

Digitized by Google

§. 8.

Vitalità del fanciullo.

Non è meno controversa la quistione, se l'infanticidio si commetta soltanto su di un fanciullo vitale, e che cosa s'intenda per *vitale*. L'articolo 131 della Carolina non parla che di un bambino, *qui vitam ac membra accepisset*, o che *fama naturae congruente praeditus sit*; onde a diversi giureconsulti è piaciuto di credere (95), che l'art. 131 abbia voluto dir solamente, che l'infanticidio non si possa commettere sopra un parto mostruoso, ed altri son di opinione (96) che la menzionata constituzione abbia voluto in generale riferire le sopraddette parole soltanto alla vita del fanciullo, in quanto che un fanciullo, che non ha forme convenienti di membra, sia un embrione, e non venga al mondo come creatura vivente. Non bisogna dunque stupirsi, quando varj giureconsulti affermano (97), che la vitalità non sia un requisito della essenza di fatto dell'infanticidio, avvegnachè ancora la distruzione di un uomo mortalmente ammalato sia omicidio del pari che quella d'un individuo intieramente sano, e l'uomo vicino alla morte conservi pur sempre un egual diritto alla vita; altrimenti bisognerebbe, per esser conseguenti, affermare, che la madre non si potesse punire, che quando avesse conosciuto l'esistenza della vitalità. Anche diverse nuove legislazioni, come per esempio l'austriaca, la prussiana, e la francese, non fanno

(95) Salchow Elem. ediz. 3. p. 204.

(96) Tittmann Instit. I. p. 350.

(97) Salchow, Tittmann l. c. Werner Instit. p. 345. Spangenberg Archivio III. p. 28. Imbert *Diss. de infanticidio* p. 50. Henke Instit. di dir. crim. §. 165. V. anche Broukere *Diss. de infanticidio* p. 47.

alcuna menzione del carattere della vitalità. Ma il maggior numero de' moderni criminalisti (98) ammette questo carattere come requisito indispensabile della essenza di fatto dell' infanticidio: e nello stesso modo il codice di Baviera, (99), ed i codici che lo hanno preso a modello, esigono la vitalità. Si dee certamente riputare, che la Carolina con la parola gliedmassig non volesse significare quello che noi appelliamo *vitale*. Le massime in allora professate dalla medicina forense, la scarsità d' indagini fisiologiche, e la traduzione di Remus parlano a favore di questa opinione: ma l' occasione alle idee che s' introdussero più tardi, fu indubitatamente somministrata dalle parole della prenominata constituzione. Un bambino, che non è ancora così maturo, perchè non ha sufficente sviluppo di membra, dee riguardarsi come embrione: ed allora si può certamente trattare di procurato aborto, ma non d' infanticidio. Se ciò si concede, fa d' uopo ammettere conseguentemente, che un fanciullo, i cui organi sono ancora conformati sì poco, ch' ei non possa continuare una vita indipendente fuori della madre, si dee riputare immaturo: e quando la legge richiede per l' infanticidio un bambino vivente, ella dee, per torre ogni dubbio sul carattere della vivenza, esigere ancora un bambino vitale; perchè solamente uno di tal fatta può veramente chiamarsi vivente, e per-

(98) Gli antichi dottori, citati da Tittmann, parte I. §. 474. nota *d.*, per esempio Carpzov, e Krep non si dichiarano palesemente. V. per altro segnatamente. Quistorp §. 270, Feuerbach §. 237. Jenuil Dir. crim. austr. parte II. p. 234, Rosshirt Elem. p. 346., Carmignani *jur. crim. elem.* vol. II. p. 114.

(99) Cod. di Bav. §. 157. Parimente il nuovo cod. di Berna §. 16. il progetto sassonico del 1824 §. 422. ammette, che sui figli nati di fresco si possa commettere il delitto di omicidio solamente quando sono maturi, ed hanno quelle parti corporee, senza le quali non potrebbero continuare a vivere fuori della madre.

chè quei segni, che potevano avere un valore come caratteri della vita incominciata fuori dell' utero materno, non sono che fenomeni di una vita apparente. Il semplice esser vivente qui non basta; perchè un bambino, che è nato nel sesto mese della gravidanza, e già potea dirsi sviluppato di membra (100), è in grado di dare senza contrasto dei segni di vita, avvegnachè possa venir vivo alla luce, vivere alcune ore (101), respirare, vagire, muoversi, ed anche poppare (102): eppure è un punto stabilito appo i fisiologi, che avanti la trigesima prima settimana di gravidanza (103), il bambino non è formato per modo, che possa sostenere pienamente e di continuo le funzioni della vita, e durevolmente conservare la vita medesima. Quindi un bambino vivo, la cui vita organica non è permanentemente constituita, non può chiamarsi maturo. Il paragone dell' infanticidio con l' uccisione di persone cresciute non regge. Imperocchè in queste ha già avuto principio una vera vita, e tutti i diritti, che la legge concede all' uomo vivente, sono esercitati da esse; mentre un feto, che non è ancora tanto maturo, da potere naturalmente continuare una vita indipendente fuori della madre, non ha effettivamente cominciato a vivere, non essendo che un apparenza ciò che si potea chiamar

(100) V. la descrizione dello stato del feto semestre negli elem. di med. leg. di Meckel, p. 341—343, e Mende Instit. parte II. p. 267.

(101) In un caso narrato da Kopp, Annali di med. pub. tomo III. p. 128. un bambino di sei mesi visse cinque notti e quattro giorni.

(102) Mende l. c. p. 270. V. anche il caso narrato da Henke nei trattati, parte III. p. 271., nel quale un bambino, nato nella vigesimasesta settimana della gravidanza, continuò la vita per dieci giorni.

(103) Propriamente dal giorno 210.mo dopo la concezione. Henke trattati, parte III. p. 265.

vita, e non avendolo la stessa natura destinato ad occupare un posto fra i viventi. Quindi non vale neppure l'opporre, che altrimenti si potrebbe uccidere il mortalmente ammalato; perchè questi già vive, ed ha diritto di non vedersi abbreviata la vita. Oltre di che non si può mai con tutta precisione asserire, che il mortalmente ammalato sarebbe stato irremissibilmente perduto; laddove il bambino non vitale non ha ancora incominciato effettivamente a vivere. A questo è cosa certa, che non fu tolta la vita, perchè ciò, che poteva appellarsi con questo nome, non era una vita reale durevolmente constituita.

Ove si conceda pertanto, che l'infanticidio non si possa commettere che sopra un fanciullo vitale, fa di mestieri indagare, che cosa si debba intendere per *vitale*. Le osservazioni sul codice penale bavaro (104) dichiaran vitale quel bambino, che viene alla luce in tal grado di maturità, da poter continuare la vita fuori del grembo materno: e riguardano come vitale anche quel fanciullo, che per causa di malattia, o di difetto organico, ha portato seco le cause di una prossima morte, perchè abbia ricevuto la debita maturazione nel sen della madre. Si vede, che qui si allude alla notoria opinione, per cui si considera come vitale un fanciullo settimestre: ma in generale i vocaboli usati in queste osservazioni non sono precisi; perchè maturità si prende per equivalente di vitalità, mentre la medicina legale fa distinzione fra queste due espressioni (105). Inoltre è inesatto il far dipendere la vitalità dalla condizione, che il feto sia settimestre. Subito che si concede, che non sia vitale un fanciullo, i cui organi, per-

(104) parte II. p. 34.

(105) Metzger Sistema della scienza della medicina legale. §. 285.

chè è nato avanti il settimo mese, non sono formati per modo, da renderlo capace di continuare la vita fuori dell'utero; bisogna, per esser conseguenti, profittare ancora delle osservazioni di alcuni medici moderni, ed ammettere, che ogni qual volta un fanciullo nato di fresco abbia in sè tali vizj di conformazione, che, secondo l'esperienze fatte sinora, distruggano affatto la vitalità, questa non si debba riconoscere dai criminalisti. Ciò si suole spesso negare a torto. Ma il criminalista conseguente, o dee rigettare in genere la vitalità, come carattere della essenza di fatto dell'infanticidio, o professare ancora l'accennato principio. Imperocchè ad un fanciullo non possa continuare a vivere a motivo della troppo breve gestazione, o a motivo di vizj organici, la cosa è la stessa. In amendue i casi egli non ha incominciato veracemente una vita durevole, vuolsi considerare come naturalmente immaturo, ed i fenomeni d'una pretesa vita apparente non dovrebbero fare illusione al giureconsulto. Un bambino, che dopo la nascita respirò, ma che per cagion della fenditura della spina non potea continuare a vivere (106), od un altro senza cranio, che visse un'ora (107), dee riputarsi non vitale ancora dal criminalista; perchè il medico, a cui solamente compete il giudizio di sì fatta quistione, dichiara la mancanza di vitalità. Ma soltanto allorchè il medico afferma, che, o per cause della formazione incompiuta degli organi necessarj a continuare la vita, o per causa di una cattiva conformazione, che secondo le leggi di natura sopprime le condizioni della vita, il fanciullo non è vitale, deve ammettere questa proposizione ancora il giureconsulto (108). Non si

(106) V. il caso nel repertorio di Pyl I. p. 55.
(107) Meckel Instit. d' anatom. patolog. p. 244.
(108) Quanto grande sia l'influenza di queste cattive confor-

può all'incontro parlare di mancanza di vitalità, quando il medico dichiari solamente di aver ritrovato forme irregolari, o cattive conformazioni, che non tolgono affatto la capacità di vivere, ma rendono dubbiosa una lunga vita, o fanno temere una vicina malattia incurabile (109), o quando si potea presuporre una debolissima esistenza, come effetto di cattiva conformazione. Dove il giureconsulto proponga chiaramente le sue domande al medico; dove non si contenti di pareri superficiali, e reputi, che il requisito dalla legge voluto venga a mancare solamente quando i periti asseriscono, che la cattiva conformazione rendeva il fanciullo assolutamente incapace di continuare la vita, o di cominciarla veracemente; non si potrà ragionevolmente temere, che il nostro modo di dedurre la vitalità sia per generare l'impunità di molte infanticide (110).

§. 9.

Dell' occultazione della gravidanza e del parto.

L'occultazione della gravidanza e del parto si considera dai criminalisti, o 1) come un requisito della essenza di fatto dell' infanticidio, o 2) come un indizio di que-

mazioni, lo hanno modernamente mostrato con gran precisione. Mende Instit. di med. leg. tomo II. p. 328—52, 360, tomo III. p. 365, e Meckel Elem. di med. leg. p. 346.

(109) Quando esempigrazia al bambino manchi un rene: nel qual caso suol nascere l'idropisia, o il mal della pietra. Mende II. p. 335.

(110) Nello scritto di Gans sopra l'ifanticidio, p. 390, si chiama gliedmassig il bambino, quando è nato maturamente, ha forma umana, e possiede quelle parti corporee, senza le quali non potrebbe continuare la vita fuori dell' utero materno. V. ancora a p. 64—76.

sto delitto, o 3) come un reato particolare, punibile di per sè. Noi ne prendiamo a parlare soltanto sotto il primo rispetto.

Anche in questo tema le idee dei criminalisti e dei legislatori sono incerte. Alcuni parlano in generale dell'occultazione della gravidanza, vi sottintendono ancora il parto segreto, e cercano di provare, che questo carattere non appartiene all' essenza di fatto (111): altri chiedono solamente, che il fatto sia segretamente accaduto (112): mentre la maggior parte dei moderni criminalisti esige l' occultazione della gravidanza, come requisito della essenza di fatto (113). Le nuove legislazioni per lo più non fanno espressa menzione di questo carattere; e solamente il progetto per la Sassonia richiede l' occultazione della gravidanza e del parto.

Si vuole ammettere, come cosa certa, che l' art. 131 della Carolina non abbia voluto questo carattere, come requisito esseziale: e le parole *clam occiderit*, *edidisset ac celasset*, e *clam gestàt*, non si possono addurre a provare, che Carlo V. abbia considerato l' occultazione della gravidanza come requisito: ma in parte accennano la circostanza, nella quale il delitto è più frequentemente commesso; in parte si connettono con quelle espressioni dell' articolo, che additano l' occultazion della gravidanza come un indizio dell' infanticidio. Ma se questo delitto si prende nel senso, in cui la consuetudine forense lo giudica meritevole di pena più lieve del parricidio, si comprende agevolmente, quanto si debba esigere l' occul-

(111) Spangenberg Archiv. di dir. crim. tomo III. p. 28.

(112) Werner Instit. p. 346. Rosshirt Elem. p. 347. Ma l' ultimo dice nella nota 12, che la segretezza della strage presuppone naturalmente anche l'occultazione della gravidanza e del parto.

(113) Feuerbach §. 236. 237. Salchow Elem. §. 224. Henke Elem. §. 165. Tittmann Instit. tomo I. p. 351.

tazione della gravidanza come requisito dell' infanticidio; perocchè sotto questa sola presupposizione il sentimento della vergogna può operare con tutta la forza sulla partoriente in quello stato di somma eccitabilità. Principalmente coloro, che ritrovano nel timore del biasimo il vero motivo di diminuzion della pena, debbono esigere l'occultazione della gravidanza; onde non si sa intendere, come Feuerbach (114), dopo aver richiesto l'occultazione della gravidanza per l'essenza di fatto dell'infanticidio, consideri poi qual causa attenuante il non aver la madre tenuto nascosto di essere incinta. Or siccome, secondo il suo concetto, la ragion capitale dello scemamento di pena sta nel timore di perdere l'onore del sesso, e colei sola, che si occulta, dimostra che sì fatto motivo agisce sopra di lei; così, quando l'occultazione manca, e la madre non ha da ricoprire alcun vitupero, il suo delitto si dee collocare nel grado ordinario della penalità, del parricidio. Non sarebbe difficile trovarsi d'accordo, quando si prendesse a distinguere l'occultazione della gravidanza da quella del parto, e ad esaminare il vero motivo, per cui l'infanticidio si tratta più dolcemente. Questo motivo non consiste soltanto nell'idea di allontanare la perdita dell'onore del sesso, ma ancora nell'indole fisica e psicologica dell'atto del parto, e nella condizion di una donna illegittimamente incinta, la cui disperazione diviene in quel momento doppiamente tormentosa, e le presenta nell'uccisione del figlio un mezzo facile e sicuro di evitar la vergogna. Or sì fatto motivo non esige necessariamente l'occultazione della gravidanza. Imperocchè si può di leggieri ammettere, a) che una donzella incinta palesi il proprio stato al suo fecondatore, e che solamente dopo essere stata da lui ributtata, e le-

(114) Elem. §. 237. conf. col §. 240.

vata di speranza del suo soccorso, entri nell'idea di liberarsi del figlio. h). Può immaginarsi il caso, che una donna, la quale da principio non fece della sua gravidanza un arcano, all'avvicinarsi del parto incitata da triste esperienze, dai bistrattamenti de' genitori, e da altre consimili cause, formi a poco a poco il pensiero di uccidere il figlio, partorisca segretamente, e metta a morte la sua creatura, e che dopo il parto dichiari a chi ne la domandi, che non era veramente incinta, ma che aveva preso per gravidanza un ristagno, che poscia ha ottenuto il suo sfogo. All'incontro l'occultazione del parto sarà il carattere, che porrà in essere un vero infanticidio: perocchè questa specie di occultazione serve di mezzo a ricoprir la vergogna, e nel medesimo tempo genera facilmente il pensiero di uccidere il figlio, comechè ne fornisca una sicura occasione. Mancando l'occultazione del parto, sparisce il motivo del timore di perdere l'onore del sesso, e bisogna credere, che un'altra ragione, per esempio l'amore del proprio comodo, o la volontà di sottrarsi al peso di alimentare il bambino, abbia spinto la donna al delitto. Per lo che il fatto dovrà in tal caso riporsi sotto il titolo del parricidio tuttochè ancora a pro di quelle infanticide, che non occultarono la gravidanza, nè il parto, possano qualche volta verificarsi delle scuse, che diminuiscan la pena od esimano ancora da qualsivoglia imputazione. Queste scuse per altro non sono di tal maniera, che le contempli il legislatore nel determinare l'idea del delitto: ma vengono considerate, come in ogni altro delitto, dal giudice nell'applicare la pena, quando la loro esistenza è provata.

§. 10.

Del requisito, che l'infante sia nato vivo.

Il requisito del parto vivo non è veramente un carattere della particolare essenza di fatto dell'infanticidio, ma dipendo dall'essere questo delitto una specie di omicidio, e dal non potersi commettere omicidio che sopra di un uomo vivente. Questo requisito è tanto essenziale (115), che ancora sotto l'impero di leggi, che non ne fanno menzione, la pratica lo esige (116): onde in Francia nei processi d'infanticidio si propone ordinariamente ai giurati la quistione, se il fanciullo abbia vissuto, (117) ed essi, udita la discussione dei medici sopra le risultanze della docimasia polmonale, decidono la importante quistione da gran conoscitori della materia!!!

Ma la verificazione di questo requisito nell'infanticidio è cosa soggetta a gravissime difficoltà. Mentre in fatti nell'uccisione di persone adulte la certezza della vita anteriore degli uccisi risulta di per sè; nell'infanticidio all'opposto l'obietto del reato è un essere, della cui vita antecedente non possiamo avere alcuna prova, perchè d'ordinario nessuno ha veduto il bambino fuori dell'utero materno, nè può testimoniare che nascesse vivo, avvegnachè il momento, nel quale egli avrebbe dovuto incominciare a vivere, sembra essere stato pur quello della sua strage. La sola madre potrebbe informare

(115) Un tribunal criminale francese nel suo parere sul codice penale ha proposto, che si dovrebbe stabilire la presunzione legale, che il bambino abbia vissuto. V. *Observation des tribunaux criminels* vol. II. p. 56.

(116) Carnot Comment. sur le code penal, vol. II. p. 28. Imbert. Diss. *de infanticidio* p. 21.

(117) Legraverend Traité de legislation crim. t. III. p. 101.

Digitized by Google

i giudici su di ciò: ma essa, o non vuol deporre, o non merita fede: e l'atto del primo ingresso nella vita è di tal natura, che spesso distrugge la vita esistente, od intesa a svilupparsi, e produce dei fenomeni, che si potrebbero pigliare per segni di micidiale violenza fatta al bambino. Chi volesse attenersi alle testimonianze della madre, ed ammettesse, che questa non fosse disposta a tradire la verità, dovrebbe notare, che non merita piena fede, anche perchè non potè osservare i fatti con quella tranquilla circospezione, ed in quello stato fisico e psicologico, che le leggi presuppongono, per credere ad un testimone. Non mancano esempj, in cui la madre medesima confessò di aver fatto diverse incisioni col coltello sul corpo del figlio, che aveva gridato, e nei quali ciò non ostante non si ardì, dietro le resultanze delle mediche investigazioni, di dichiarar dimostrata la vita del fanciullo (118). In un altro caso la madre confessa assicurava di aver gettato il suo bambino nel pozzo, e di averlo sentito piangere: eppure i periti doverono ammettere (119), che il fanciullo dopo la nascita non aveva vissuto, ma che verisimilmente a motivo di una debolissima vita aveva in *orificio uteri et in ipso momento exclusionis* esalato lo spirito. Poco peso del pari dee darsi alle parole delle infanticide, le quali depongano di aver veduto muovere le braccia, le mandibole, le gambe del fanciullo; perchè è cosa certa, che ancora un bambino morto nel nascere può muovere quelle parti per convulsione, e per causa di galvanismo (120): e vuolsi ancora considerare, che sì fatti movimenti possono essere pu-

(118) V. un parere notevole nell' archivio di Horn per l'esperienza medica, anno 1819. tomo I. p. 284.

(119) Klein Annali di legislazione e di giurisprudenza, tomo XVIII. p. 171. 183.

(120) Gans del delitto d' infanticidio p. 124.

ramente meccanici, come derivanti dalla mutazione di tutta quanta la posizione del corpo immediatamente dopo la nascita (121). Dee finalmente notarsi un fatto non abbastanza valutato dai processanti. Talvolta, o intenzionalmente (122), o casualmente, (123) può la bocca della madre accostarsi a quella del bambino, e facilmente inspirare l'aria nei polmoni di questo: nel qual caso si presentano dei fenomeni, capaci d'ingannare il medico nel rispondere alla quistion della vita del fanciullo.

È fuori di dubbio, che i contrassegni, accolti nel maggior numero dei nostri compendj (124) sulla fede delle antiche opere di medicina, per istabilire la vita dei fanciulli nati di fresco, debbono, dopo i progressi della fisiologia e della medicina forense, riputarsi fallaci. Ed io, che per l'amore della verità, mi son dato cura di studiare con qualche esattezza le indagini mediche moderne, voglio adesso cercare di esporre chiaramente e tranquillamente i risultati di questi progressi.

Primieramente il segnale del color dei polmoni, (125) che cioè il rosso pallido indichi la vita, è sommamente fallace; perchè è difficile descrivere chiaramente il colore; perchè nessun organo è tanto modificato da influenze interne ed esterne nel suo colorito, quanto il polmo-

(121) Archivio di Horn l. c. p. 405.

(122) Nel caso riferito da Horn l. c. an. 1817. t. I. num. 21. una madre, che partorì morto il suo figlio, tentò per tre volte d'inspirargli l'aria.

(123) Mi è noto il caso di una donna, che sorpresa dai dolori partorì nella fossa di una strada, dov'era probabilmente caduta, e che fu trovata con le labbra strettamente aderenti a quelle della creatura.

(124) Nelle mie instituzioni di procedura penale, parte I. p. 634—42, io ho già richiamato l'attenzione sopra la fallacia della docimasia polmonale.

(125) V. Büttner Compiuta instruzione per la inspezione oculare nell'infanticidio p. 35.

Digitized by Google

ne; perchè ci vogliono occhi espertissimi a distinguere le tenui ombreggiature dei colori; e perchè i saggi fatti sinora (126) sono stati di esito differentissimo. Poco del pari è provata la vita del bambino della circostanza, che il polmone sia dilatato e cuopra il pericardio; perchè dietro esperienze (127), fatte in quattro casi di bambini, che non avevano respirato, il polmone cuopriva intieramente il petto, ed in un altro caso, in cui il fanciullo aveva vissuto trentasei ore, il polmone era così piccolo, che appena si scorgeva. Anche il segnale desunto dal torace molto dilatato è ingannevole; perchè tutti i tentativi fatti in questo proposito non condussero a nulla, e perchè non si trova una misura comparativa della dilatazione normale (128). È cosa tristissima, che i nostri medici e giureconsulti seguitino ad aver riguardo alla ragion del peso del polmone con quello dell'intiero cadaverino (129). Schmitt ha già fatto osservare, che si danno polmoni grossi e piccoli, come grossi e piccoli nasi, e che perciò si trovano polmoni leggieri di bambini nati vivi, e polmoni gravi di bambini nati morti (130). Se si aggiugne, che il ristabilimento della circolazione non è l'opera di un momento, e che si effettua a misura che la funzione della respirazione diventa più libera ed energica; se si pondera, che anche la qualità della morte influisce sul peso dei polmoni, come accade nelle soffo-

(126) Schmitt Saggi ed esperienze sulla docimasia polmonale p. 240. Capuron Medecine légale relative à l'art. des accouchemens p. 390. V. anche Mende Instit. di med. leg. p. 190.

(127) A ciò guarda anche Quistorp principj. §. 270. nota d.

(128) Schmitt l. c. p. 230.

(129) Plouquet stabilì, che il peso del polmone, che non ha respirato, sta a quello di tutto il cadaverino come 1 : 70, e che il peso del polmone, che ha respirato, sta a quello del cadaverino come 1 : 35.

(130) V. Schmitt ne' suoi saggi l. c. p. 137.

cazioni per accumulamento di sangue; non si può attribuire alcun valore a questo segnale. Che se poi si osserva, che i resultati dei saggi instituiti sono stati fallacissimi; se si ha riguardo all'esperienze, fatte in quattrocento casi (131) nell'ospizio di maternità a Parigi, e si vede, che in un fanciullo vissuto due ore la menzionata ragione fu come 1 : 65, in un altro nato morto, come 1 : 143, in uno, che per quindici minuti avea mostrato solamente qualche apparenza di vita, senza poter respirare, fu come 1 : 42; farà d'uopo rinunziare alla speranza di confidare in un segno tanto ingannevole. Di altri pretesi contrassegni, come degli stravasi, e delle lividure, toccheremo più distintamente di sotto.

Importantissima è senza contrasto la docimasia polmonale, che già occasionata da antiche osservazioni sulla qualità del polmone (132), ma sviluppata primamente da Rayger (133), fu applicata per la prima volta all'uso forense in Zeitz nel 1682, e poi si diffuse sempre di più (134). Delle docimasie formate dalle indagini dei medici possono rilevarsi principalmente tre specie, e 1) la più antica e la più comune, cioè quella del galleggiamento, in cui si parte dalla legge, che i polmoni, i quali hanno respirato una volta, conservino sempre tanto di aria da essere specificamente più leggieri dell'acqua, per modo che quando galleggino in essa si debba dedurre la respirazione, e per ciò la vita fuori dell'utero : 2) la docimasia di Plouquet, dietro la quale si cerca la ra-

(131) Il prospetto di questi esperimenti è stampato nella *Medecine légale, ou considerations sur l'infanticide* ec. par MM. Lecieux, Renard, Laisné et Rieux, Paris 1819. p. 44—54.

(132) V. Mende Instit. I. p. 175.

(133) *Miscellan. naturae curiosor.* 1677. an. VI. dec. I. obs. 202. p. 299.

(134) V. la storia del suo progresso in Mende Instit. I. p. 299.

gion della gravità dei polmoni col corpo del bambino, in quanto che il peso dei medesimi, se hanno respirato, stia a quello del cadaverino come 1 : 35; se non hanno respirato, come 1 : 70. (135): 3) la docimasia di Daniel, secondo la quale, oltre al peso, si guarda principalmente alla maggiore estension dei polmoni, la quale nasce dalla respirazione, quindi all'allargamento della cavità del petto, ed alla pressione, operata dal loro dilatamento sugli organi di questa, ed alla conseguente evacuazione dell'intestino retto, e della vescica (136). Non si può mai richiamare abbastanza l'attenzione dei processanti e dei giudici criminali a procurarsi almeno una generale notizia dei requisiti di una esatta docimasia polmonale, perchè al compilatore degli atti spetta la direzione della sezione, e la cura di avvertire il medico, che volesse essere superficiale, a farla con ogni esattezza. Chi potrebbe esempigrazia fidare in una docimasia polmonale, in cui si fosse usato il primo, quantunque impuro vaso, che fosse venuto alle mani, ed una vecchia bilancia quasi inservibile, levata da un angolo della casa? Il ministro impaziente, che desidera solamente di veder presto terminata la sezione, ne trascura frequentemente i più esatti apparecchi, ed il medico, che non si vuol guastare con lui, è spesso connivente fuori di tempo.

Oggidì meritano di esser nominate anche le proposi-

(135) Fra gli aderenti alla docimasia di Plouquet se ne trovano alcuni, come per esempio Jäger, che professano diversa opinione sulla ragion del peso. V. Meckel Instit. di med leg. p. 372.

(136) Quanto al modo di fare le docimasie. V. Büttner l. c. p. 54—66; Metzger sistema di med. leg. §. 308—347; Henke nell' archivio di Horn 1811 t. I. p. 377.; Henke trattati di med. for. t. II. num. III.; Gunther revisione dei criterj, onde comunemente si serve la med. leg. per decidere, se un bambino trovato morto sia nato così, o vivo, Colonia 1820; Mende Instit. I. p. 175—206; Meckel Elem. di med. leg. §. 251—271.

zioni di Bernt (137), e di Wildberg (138). Il primo trova difettose le docimasie finqui usitate, perchè non si ponderarono abbastanza le alterazioni di circonferenza e di peso assoluto, sofferte dai polmoni per la respirazione: e quindi propone un calice (139), con l' uso del quale, instituendo esperienze su diversi polmoni, si dovrebbe ottenere un criterio sicuro per giudicar della vita dei fanciulli, Wildberg vuol riunire le tre docimasie (140), e propone egli pure un calice, adattato, per quanto asserisce, ad instituirsi l' esperienze.

Tutte le specie di docimasia polmonale presuppongono una connessione inseparabile fra la vita esterna e la respirazione, di modo che un bambino possa respirar solamente fuori dell' utero, e col primo momento della respirazione incominci la vita: presuppongono ancora, che la respirazione immediatamente produca alcune alterazioni nel polmone, e nella ragion del suo peso col resto del corpo; che particolarmente il polmone, il quale respirò, a motivo della dilatazione cagionata dall' aria atmosferica penetratavi, divenga specificamente più leggiero dell' acqua comune; che parimente nel polmone, che respirò, s' introduca maggior copia di sangue, che in quello, il quale non respirò, e che il sangue esistente nel detto viscere sia mutato, a motivo dell' aria atmosferica, in rosso; e che tanto per causa della circolazione

(137) Proposizione di una nuova docimasia polmonale idrostatica, Vienna 1821.

(138) Appendice alle sue rapsodie di med. leg. Berlino 1822.

(139) Mende Inst. parte III. p. 486, dice, che egli molto prima di Bernt aveva concepito un simil pensiero.

(140) Secondo Bernt p. 50. I polmoni, che non hanno respirato rimuoveranno in un tal vaso la piccolissima quantità di acqua dallo spazio, e faranno salire la spera acquea in uno dei tre primi intervalli, formati per mezzo di linee parallele, e così indicheranno, che i bambini non hanno vissuto.

Digitized by Google

esordiente, quanto per causa della dilatazion del polmone, abbian principio anche negli altri organi certe funzioni, che lasciano dietro di sè tali traccie, da poterne dedurre, che il bambino abbia incominciato la vita estrauterina.

Tostochè dunque si possa dimostrare, che la legge fisiologica, su cui si appoggiano tutte queste esperienze, non è vera, e che respirare e vivere non sono cose fra loro inseparabilmente connesse, la docimasia polmonale, comechè edificata su di basi mal ferme, rimarrà destituta di forza probatoria.

1) Ora in virtù di moderne investigazioni si può ammettere come stabilito, che un fanciullo può aver respirato nel tempo della sua nascita, ed anche prima, e che sia morto avanti di terminare di nascere; in guisa che nel polmone di lui appariscono tutti i fenomeni della vita incominciata, ed il medico, che gli osserva, venga facilmente indotto a riconoscerla, benchè essa non abbia avuto effettivamente principio. Da alcuni periti degni di fede (141) è stato specialmente osservato il così detto *vagito uterino*, cioè il caso, che ancora nel grembo della madre il bambino abbia dato segno della propria esistenza con dei gridi, od almeno con qualche gagnolio (142). Ancorchè l' osservazione possa essere stata in molti casi infedele, ancorchè molti di coloro, che udiron gagnolare i bambini avanti la rottura del sacco, possano essere stati

(141) V. alcune antiche osservazioni citate nei trattati di Henke t. II. p. 117. V. anche Richter *Synopsis praxis med. obstetr., quam per hos XX annos exercui* Mosq. 1810. Siebold giornale d'ostetricia t. I. p. 581. Osiander negli annunzj di Gottinga 1809. t. I. p. 159. Fiker nel giornale med. chirurg. di Salisburgo 1804. t. I. p. 239. 1810. num. 44.

(142) V. una narrazione notevole nel giornale di med. prat. di Hufeland 1823. fasc. 2. p. 89.

ingannati dalla loro fantasia; pel giureconsulto (143) per altro, che si attiene ai fatti, e rifiuta di ammettere come certa una cosa, quando gli sono addotti altri fatti credibili, che stanno in contrasto con essa, basta, che persone autorevoli facciano testimonianza del vagito uterino (144). Anzi alla ragion naturale sembra molto chiaro e credibile il fatto di questo vagito, subito che si ammetta, che il sacco, entro cui si trovava il bambino, fosse già rotto, e le acque ne avessero in gran parte sgorgato, e quando si ponderi, che dagli sforzi del parto il bambino può essere spinto verso le parti genitali esterne della madre, per modo che l'aria atmosferica gli penetri per la bocca e pel naso, o che un fanciullo può aver protratto la testa nel tempo che le sue membra inferiori rimangono ancora dentro la madre, nel qual caso non può dirsi veramente nato, e può morire innanzi di terminare di nascere, ma per altro ha incominciato a respirare. Molto indebitamente alcuni difensori della docimasia polmonale hanno voluto sostenere, che quando in simili casi la madre pose la mano sulla creatura, non ancor nata compiutamente, si dovrebbe sempre trattare d'infanticidio punibile. Ma quivi i medici profferiscon giudizio su di una materia, che non è di loro competenza. Il punto sta solamente nel determinare, se i fenomeni della respirazione sieno contrasegni necessarj della

(143) V. i racconti citati in nota nei §. 264 degli elem. di Meckel. V. ancora nella med. leg. di Capuron p. 402. le riflessioni sull'osservazione del dott. Beclard.

(144) V. le cose dette sul vagito uterino nelle ultime note agli scritti menzionati, e nel saggio di Schmitt sulla docimasia polmonale. p. 150—172, Henke trattati parte II. p. 116—134. Wildberg Instit. §. 246. Mende Instit. parte III. p. 504. Conradi negli annali d'Heidelberg 1820. num. 40. Henke giornale di med. pub. anno I. fasc. 8. p. 12. Capuron med. leg. p. 401—407. Gans dell'infanticidio p. 120.

vita di un bambino or ora nato: ed a questa domanda fa d' uopo rispondere negativamente, subito che si debba concedere il vagito uterino. La deputazione medica di Berlino affermò in un suo parere, che i casi di sì fatto vagito non si presentavano nei parti occulti, nè in quelli, che accadevano rapidamente e senza soccorsi, ma che presupponevano un parto lungo, in cui fosse stato apprestato l' aiuto della mano ostetrica nuda, od armata d' instrumenti: ma il giureconsulto non può dare alcun peso a queste obiezioni, perchè sa, che nei parti occulti si presentano gli stessi fenomeni che negli altri, e che le partorienti maritate soggiacciono alle stesse leggi naturali, cui sono sottoposte le donne, che divengon feconde fuori di matrimonio (145).

2) Il giureconsulto dee pure ammettere come certo, che dalla respirazione non è data inferire la vita; perchè un fanciullo può aver vissuto senza respirare, nel qual caso si presenterebbero i fenomeni del difetto di vita. Quindi si può al più dimostrare, che un fanciullo abbia respirato, ma non già che abbia ancora vissuto. Or se si prova per esperienze, che questa vita senza respirazione è possibile (146), come quando il fanciullo è partorito entro il sacco, o viene alla luce asfittico, o quando dalla debolezza, o da materie viscose, che gli riempiono le vie aeree, è impedito di respirare, o perchè ha qualche difetto di conformazione nel petto, o nel basso ventre; il giurista dee stimare fallace la conchiusione, che, ad effetto di non favorir le vere colpevoli a pregiudizio dello Stato, si vorrebbe dedurre dalla docimasia polmonale (147).

(145) Contro il parere dei medici di Berlino V. ancora Henke nel suo giornale l. c. p. 21, e Mende Instit. t. III, p. 504—508.

(146) Henke trattati parte II. p. 103—115. Meckel Elem. §. 263. Kopp Annali t. V. p. 338, t. X. p. 362.

(147) All' obiezion di Conradi inserita negli annali d'Heidelberg 1820 num. 40. ha risposto Henke nel suo giornale p. 2.

Digitized by Google

3) Una docimasia, destinata a piantare la base di una illazione, sulla quale il giureconsulto dovrebbe proseguire ad edificare, perde il suo valore per esso, quando si può dimostrare, che le fatte esperienze dichiarono, che il galleggio dei polmoni non indica assolutamente in ogni caso la respirazione già incominciata, e che essi talora precipitarono, ancorchè il fanciullo, cui appartenevano, avesse effettivamente respirato. Di ciò fanno aperta testimonianza numerose osservazioni (148) e quelli pure, che vorrebbero conservare la docimasia polmonale, si trovan costretti a convenire di aver fatto molti fallaci esperimenti (149): ed anche modernamente (150) è avvenuto un caso, in cui una madre confessò di aver ucciso e gettato nel pozzo il suo bambino, che aveva vissuto quattordici ore, e non ostante ambedue i polmoni del medesimo, benchè ritrovati pienamente sani, immersi nell' acqua, precipitarono.

4) Inoltre si posson dare delle ragioni, capaci di produrre l'aria nei polmoni, e così i fenomeni della respirazione, senza che esistesse la vita, e sovente nemmeno una vera respirazione: e ciò può esser la conseguenza d'una insufflazione, o tentata con buona intenzione tanto dalla madre, quanto da' suoi congiunti (151), o prodotta

(148) V. il caso narrato da Zeller nel 1694, e principalmente i saggi di Schmitt p. 216; Meister *progr. quo ostenditur ex pulmonis foetus innatatione vel submersione in aqua nullum certum infanticidii signum desumi posse,* Heinst 1722; Henke trattati parte II. p. 134—144; Meckel Instit. I. p. 178.; Lecieux Med. leg. p. 36. 58.; Capuron Med. p. 420.

(149) V. Bernt proposizione ec. p. 18—26.

(150) Remer, che nella sua edizione del sistema di scienza medica di Metzger cerca al §. 322 e 344 di giustificare la docimasia polmonale, riferisce poi questo caso nel giornale di med. pub. di Henke, an. 1., fasc. 1. p. 64.

(151) V. un caso di questa specie nella guida di Büttner p. 197.

dal caso, o tramata da persone di cattivo animo (152). L' opporre, che questo avverrà ben di rado, non accresce forza a sì fatto mezzo di prova; perchè tutto dipende dallo stabilire, se i fenomeni, onde la docimasia polmonale desume la vita del fanciullo, possono nascere da una cagione, che sia diversa dalla respirazione. Postochè ve ne sia la sola possibilità, e per questa bastano ancora casi rari, non lice più confidare compiutamente nella docimasia. Alcuni per vero dire si studiano di mostrare, che i fenomeni dell' aria insufflata possono distinguersi da quelli della respirazione, e della vita; che, quando l' aria fosse stata meramente insufflata, non si vedrebbe alcuna notevole dilatazion di polmoni, o che almeno il polmone sinistro non sarebbe dilatato; che nel caso di aria semplicemente insufflata non si udirebbe alcun suono stridulo nella sezione, e generalmente non si troverebbe sangue spumoso nel polmone: ma tutte queste obiezioni rimangono confutate da positive esperienze (153), le quali hanno dimostrato, che l' insufflazione dell'aria è facilissima; che l' aria insufflata anche in poca quantità non si può fare uscire mediante la più forte compressione; che i fenomeni dell'aria insufflata sono nel polmone gli stessi di quelli dell' aria respirata; e che, siccome intelligenti ed onorevoli persone assicurano (154), è impossibile il decidere, se derivano dall' una, o dall' altra.

5) Il galleggiamento dei polmoni nell'acqua può, ancora senza respirazione, esser la conseguenza di aria in

(152) Morgagni *de sede et causis morborum* epist. 19. art. 47. Henke tratt. II. p. 147. Meckel Elem. p. 368.

(153) V. Schmitt Saggi p. 177—186. Capuron Med. leg. p. 410. Mende Instit. parte III. p. 494. Lecieux Med. leg. p. 40.

(154) V. esempigrazia Augustin Archivio di med. pub. t. I. p. 63, Horn Archivio d' esperienza med. 1847. t. I. p. 502.

essi sviluppata per mezzo della putrefazione (155). In questo caso per vero dire l'inganno è più difficile; giacchè si sa, che l'aria enfirematica non produce la leggierezza specifica, e che un tale stato di putrefazione si può nel polmone agevolmente scoprire (156): ma siccome altri professori dell'arte (157) ricorrono ad esperienze diverse da quelle fatte da Schmitt; così il giureconsulto non può basar la sua fede sulla forza probatoria della docimasia polmonale, o si trova costretto in ogni caso a convenire, che questa non dimostra nulla quando il viscero è putrefatto.

6) Se si ricorre alla docimasia del sangue, se ne ottengono schiarimenti anche minori; perchè questa si appoggia alle stesse pretese leggi fondamentali di quella del galleggiamento, ed ha contro di sè anche maggiori obiezioni. È in fatti dimostrato per mezzo di sperimenti (158), che la ragion del peso, sulla quale tanto si fondano Plouquet ed i suoi aderenti, non è mai sicura, e che tutta l'esperienza rimane guastata nella sua applicazione dalla perdita del sangue (159).

7) Or se queste docimasie sono fallaci, quando non si trovano condizioni morbose nel fanciullo, la forza probatoria delle medesime andrà totalmente a disperdersi, dove si rifletta alla possibile esistenza di condizioni morbose, e si ammette esempigrazia, che si trovassero nel polmone o una flogosi, od una suppurazione, o qualche tumore, o delle durezze, od un riempimento di materie viscose. Allora sì che la gravità specifica del polmone

(155) Henke tratt. II. p. 152, Meckel Elem. p. 368.
(156) Schmitt Saggi p. 204.
(157) Mende Instit. III. p. 494. Capuron Med. leg. p. 407. e seg.
(158) V. la med. leg. di Lecieux e cc. p. 44—54.
(159) Meckel Elem. §. 267.

dee ritrovarsi innormalmente alterata, e debbono osservarsi fenomeni sempre più fallaci (160).

8) Neppure la docimasia polmonale intrapresa secondo le proposizioni di Bernt e di Wildberg potrebbe pretendere alla forza di prova, sebbene assicuri una maggiore esattezza di sperimento. La svariatissima grandezza dei bambini e degli organi loro rende impossibile il discoprimento di una misura e di un peso normale. Inoltre la docimasia polmonale di Bernt non riesce in qualunque modo ad atterrar le obiezioni, che si desumono dal vagito uterino, e da altri fatti.

Nulla fanno di meglio le altre docimasie (161), che già si ammisero come probatorie della vita, per esempio, quelle della vescica orinaria, e dell'intestino retto, le quali si fondano sull'opinione, che l'evacuazion dell'orina, e del visco infantile, non possa accadere senza respirazione, e quindi non abbia luogo, fintantochè il bambino rimane entro il grembo materno, a motivo della necessità di premere la valvola tracheale; per modo che il trovare in stato di vacuità la vescica e l'intestino si considerava come un segno, che il fanciullo avesse respirato e conseguentemente vissuto fuori dell'utero (162). Ma siccome tutto ciò si fonda sopra il principio, che la respirazione non sia possibile che fuori dell'utero, così le obiezioni, che stanno contro le docimasie respiratorie, si oppongono ancora a questa. Poichè per altro è pure stabilito, che il bambino possa evacuare l'orina e il meconio anche nel grembo materno (163); che lo scarico della vescica possa accadere anche nel tempo della nascita, mediante la pressione sull'addomine; che frequen-

(160) Henke tratt. parte II. p. 142. Meckel Elem. p. 371.
(161) Mende Instit. parte III. p. 510.
(162) Mende Instit. I. p. 201.
(163) Mende l. c. parte III. p. 244.

temente la vescica si è trovata vuota anche nei bambini appena nati, nel tempo che all'opposto se ne sono incontrati di quelli, che hanno scaricato l'orina solamente alcune ore dopo la nascita; è manifesto, che non si può affatto confidare in questa docimasia (164). Sebbene finalmente alcuni giuristi del tempo andato (165) appoggiati alle idee di certi medici (166), assicurino, che gli stravasi del sangue non possono avvenire dopo la morte; oramai per altro fa d'uopo rinunziare a tutta l'importanza, che una volta si attribuiva alle lividure. Si sa in fatti, che sovente si trovano spandimenti di sangue sotto la pelle di viventi e di morti solamente per causa di rottura di vasi, o di versamento dal loro orifizio (167), che prima della nascita e nel tempo di essa possono agevolmente comparire delle lividure (168); che queste derivan talora da putrefazione (169); che sì fatti sgorgamenti hanno luogo sovente anche dopo la morte (170), come è stato recentemente osservato in un giudizio notevole (171). Ed allorchè non s'ignora, che all'occhio dei periti (172) si presentano frequentemente stravasi di sangue sotto il coperchio della testa, e che i tumori

(164) Henke tratt. parte I. p. 24.

(165) Esempigrazia Quistorp Principj §. 270. nota p.

(166) V. Mende Instit. parte I. p. 215.

(167) Kaltschmitt *de sugillatione a causa interna orta* Jen. 1763. Bohn *de sugillatione in foro caute dejudicanda*, Lips. 1773. Henke tratt. parte I. p. 28.

(168) Röderer delle specie di morte violenta tratt. I. cap. 2. §. 23—26.

(169) Wildberg *decis. med. leg. quaest. dub. de infant. neogenit.* Goett. 1808. p. 81.

(170) Mende Instit. parte I. p. 216.

(171) Processo crim. contro Fonk p. 562.

(172) Mende Instit. parte III. p. 138.

sanguigni sono assai comuni nel capo (173); bisogna intieramente abbandonar la speranza di ricavar prove della vita dalle lividure.

Or se si raccoglie il risultato delle moderne investigazioni, e si ode dubitare da distintissimi medici della forza probatoria della docimasia polmonale; i pochi sostenitori della medesima non bastano ad inspirar fiducia al giureconsulto (174). Ma quando il giureconsulto conosce, essere una delle ordinarie discolpe delle infanticide l'asserire, che il fanciullo non era più vivo allorchè venne alla luce; quando si riflette, che senza queste docimasie il criminalista non potrebbe che di rado stabilir la vita del bambino, e che da ciò deriverebbe l'impunità di vere infanticide; quando si osserva, che un gran numero di obiezioni contro le docimasie polmonali si fonda su di esperimenti fatti nelle case di maternità su di fanciulli periti di morte naturale (175); quando si considera, che frequentemente i medici forensi, dimenticando la periferia della propria competenza, entrano di troppo in quistioni giuridiche, e nelle loro dicisioni hanno troppo riguardo all'esito giudiciale; si vede, che non si può rinunziare assolutamente alle docimasie. Gans (176) ha recentemente cercato di ridurre a sette capi i risultati della docimasia respiratoria, e vuole, che il medico possa in buona coscienza dare il parere, che

(173) Loder giornale di chirurgia t. II, p. 4. Nägele Esperienze e trattati sulle malattie del sesso femminile p. 245.

(174) Maslus Elem. t. II. §. 696. Wildberg Instit. p. 254. Conradi Annali d'Heidelberg 1820. num. 40. Remer nella nuova ediz. di Metzger §. 337.

(175) Meckel (Instit. p. 376. §. 271. in nota), che produce questa osservazione, s'inoltra di troppo, quando afferma, che i bambini esaminati dal medico forense sono periti per lo più di morte violenta.

(176) Dei delitto d'infanticidio p. 135.

il bambino ha vissuto dopo la nascita, quando il suo corpo è sano e sviluppato, ed i suoi organi non presentano vizj capaci di distrugger la vita estrauterina; quando i polmoni sono schietti, e non hanno alcuna traccia di putrefazione; quando i medesimi sono colorati di un rosso lucido o cupo, e possiedono una soffice consistenza; quando ricuoprono la maggior parte del pericardio; quando, così col cuore, che senza uniti insieme, e tagliati in pezzi, galleggiano nell'acqua; quando sotto il taglio tramandano un suono stridulo, versano un sangue spumoso, e compressi gettano bolle d'aria; quando la cassa del petto è arcuata, la valvola tracheale è appianata, la vescica urinaria è vuotata, ed il meconio è uscito.

Ma si può malagevolmente andare in questa opinione; perchè è dato di spiegare altrimenti ogni singolare fenomeno, che si ammette per un segno della vita; perchè le leggi fondamentali, su cui riposano le docimasie polmonali, sono fisiologicamente inesatte; perchè a motivo di circostanze, che il medico non può riconoscere, sorge un risultato affatto diverso da quello, che si calcula in condizioni ordinarie; perchè sono moltissime l'esperienze, che fanno testimonianza della fallacia di questi cimenti. Il giureconsulto adunque non può sulle docimasie basare alcuna certezza, e niun medico di coscienza pronunziare un giudizio sicuro. Aggiugne Gans alla sua dichiarazione, che si dee credere al medico, *massimamente quando esterni segni di violenza si presentano sul bambino, e la madre ne confessa la vita:* ma così mostra l'autore di non fidare nella docimasia polmonale per sè, e di voler ricorrere ad altre pruove, che vengano offerte dal fatto. Se non che ancora con questa giunta egli procede tropp'oltre. Il medico in fatti, che deve attenersi alle proprie osservazioni sul cadavere, ed ai risultati de' suoi sperimenti, non può lasciarsi deter-

minare dalla confession della madre; anzi questa circostanza dee rimanergli ignota. Se il medico seguitasse la teorica di Gans, e giudicasse nato vivo il bambino, appoggiandosi alla docimasia polmonale, e principalmente alla confession della madre, farebbe erroneamente credere al giudice, di esser giunto coi mezzi della sua scienza a convincersi della vita, mentre fu mosso da una circostanza, la cui valutazione non gli apparteneva menomamente. Una cosa affatto diversa si è il ricercare, se il tribunale, quando la vita del bambino è attestata dalla confession della madre, possa confidare di più nel conforme parere del medico, e se, per la cagion che concorda il risultato di diverse fonti probatorie indipendenti fra loro; debba decidere, che il fanciullo abbia vissuto (177).

Mi sia lecito adesso di stabilire alcuni punti capitali, che nella quistion della vita estrauterina del bambino nato di fresco debbon guidare il giudice inquirente e il decidente.

1) La docimasia polmonale, ognorachè sia possibile, non dee mai tralasciarsi dal medico; perchè può almeno fornire una verisimiglianza (178).

2) L' inquirente dee porre ogni cura (179), che la docimasia venga fatta nel più compiuto e più cauto modo, e che nel protocollo della sezione sia esattamente indicato, di quale e quanta acqua e come temperata, di qual vaso, di quali bilancie si fece uso, e come si apparecchiò

(177) Sulla forza probatoria giuridica della docimasia polmonale V. anche Capuron Med. leg. p. 391. 429, e Mende Instit. parte III. p. 509. 613.

(178) Proced. crim. prussiana §. 166.

(179) L'art. 244 del cod. crim. di Baviera ordina all' inquirente di richiamare il medico ad eseguire compiutamente la sezione delle tre cavità.

l' esperienza. Tutto ciò è necessario, affinchè il giudice decidente non presti fede alla docimasia, ognorachè nella particolare accuratezza con cui venne intrapresa non trovi una guarentigia dell' abilità e della coscienza del medico.

3) La sezione debb' essere ancora intesa a stabilire, se il bambino era sano, se tutti i suoi organi avevano le proprietà necessarie, se il polmone era pienamente schietto, o se per avventura vi si riscontrava qualche traccia di putrefazione. Il giudice inquirente dee pure determinare il tempo, che decorse dalla nascita sino al ritrovamento del cadavere, la natura del luogo, in cui giaceva il medesimo, la qualità del suo odore, e lo stato di sua conservazione, ed ordinare al medico di contemplare queste circostanze nel suo parere.

4) Nell' interrogatorio dell' incolpata bisogna cercar di scoprire nel più esatto modo possibile, come accadde il parto, quanto durò, quando la madre udì il primo vagito, o la prima voce del bambino, dove egli cadde, in qual luogo fu celato dalla madre. E questa dee richiamarsi ancora a descrivere esattamente lo stato, in cui si ritrovava il fanciullo quando venne alla luce, avuto specialmente riguardo a qualche imperfezione, che in lui per avventura esistesse. Bisogna scoprire del pari lo stato, in cui si trovò la donna avanti il parto, nel tempo del medesimo, e dopo di esso. E qui fa d' uopo, che il giudice non si contenti di generali espressioni, ma che si faccia minutamente narrare tutto ciò, che ha relazione con quello stato, e ne concepisca la durata. Niun processante, esperto richiederà certamente, se la madre inspirasse il fiato al bambino; chè l' interrogazione sarebbe viziata di suggesto: ma per mezzo di remote domande cercherà di convincersi intorno alla possibilità di questa circostanza, ricercando esempigrazia quali furono le prime cure, che ella si diede del fanciullo, o se non ne

prese alcun pensiero; dove ella fosse situata, se cioè nel letto od altrove; in qual luogo era collocato il bambino, quando ella si riebbe.

5) La località, in cui avvenne il parto, e nella quale giacque il bambino, debb' essere esattamente stabilita per mezzo dell' inspezione oculare giudiciaria, e non di rado sarà necessaria una visita del medico sulla persona dell' incolpata, ad oggetto di determinare la periferia del bacino.

6) Se il parere del medico ammette nato vivo il fanciullo sul fondamento della docimasia polmonale, senza indicare il modo, in cui la intraprese, e senza aver avuto riguardo alla sanità dei polmoni e degli altri organi, alla possibilità della putrefazione, o della insufflazione dell' aria; il giudice è autorizzato ed obbligato a richiamare il perito al supplimento di quello che manca.

7) Ognorachè la docimasia apparisca incompiuta, ed intrapresa con cattivi stromenti; ognorachè risulti la putrefazion dei polmoni; ognorachè nell' osservazione non si sia avuto alcun riguardo alle altre circostanze secondarie, esempigrazia all'inarcamento del torace, e ad altre simili cose; l'esperienza non merita alcuna valutazione, ancorchè il medico avesse positivamente dichiarato, che il fanciullo fosse nato vivo. È un errore di molti giudici il credersi assolutamente legati dalla dichiarazione dei medici, e il non riflettere, che non già l'arido parere di essi, ma le ragioni, sulle quali è fondato, debbono muovere il tribunale, che non può ammettere come certo un fatto, quando non vengono assegnati sufficienti riscontri della sua verità.

8) Ma se il parere è compiuto, se ha contemplato tutti i punti necessarj, ed è appoggiato a buone ragioni, ed il medico sulla fede della docimasia ammette la vita del bambino; potrebbe essere convenientissimo, che il

tribunale rimettesse la perizia all' esame di un' autorità medica superiore. Questo procedere sarebbe giustificato dal dubbio, in cui le importanti obiezioni, alle quali si trova esposta la docimasia polmonale, pongono il tribunale, e dalla considerazione, che, quando più periti fra loro indipendenti, e dotati di eminente dottrina, concordano, il giudice può determinare più facilmente il proprio convincimento.

9) Se il parere dell' autorità medica superiore pronunzia, che la vita del bambino non è ammissibile, o che è difficile decidere il punto con precisione, o che per la vita non milita che qualche remota verisimiglianza; il giudice con piena tranquillità può considerare il fanciullo come nato morto. Ma se al contrario l' autorità medica superiore ammette del pari la vita del bambino, o come certa, o come sommamente verisimile; il convincimento del tribunale acquista una base importante, e tutto allora dipende dalle altre circostanze.

10) Vuolsi avere principalmente riguardo all'esistenza di certi fenomeni, che sovente meglio della docimasia polmonale additano la vita già incominciata del fanciullo. La facoltà medica di Berlino (180) ammise per esempio in un caso d' infanticidio la vita del bambino, perchè la docimasia polmonale offeriva tutti i segni, che egli aveva vissuto, e perchè ritrovò nello stomaco del medesimo una piccola quantità della terra, sulla quale era caduto; onde potè conchiudere, che il fanciullo, avendo inghiottito, doveva avere pur anco respirato.

11) Se l' incolpata dichiara asseverantemente, che il fanciullo è nato morto; la riputazione, e la condotta di lei prima del parto, il concorso di circostanze, dietro le quali ella non ebbe straordinarj motivi di delinquere, ed il suo

(180) Horn Archivio d' esper. med. 1819. t. II. p. 297.

modo di comportarsi durante l'inquisizione, specialmente il non essere incorsa in alcun mendacio, potranno render credibile la sua deposizione: e quando non si trovino sul cadaverino sicuri contrassegni di violenza, il tribunale non potrà arrischiarsi ad ammettere come certa la vita del fanciullo.

12) Se al contrario gli atti somministrano importanti riscontri d'infanticidio; se sul cadaverino appariscono sicuri contrassegni di violenza, e specialmente dalla qualità del parto, e da tutte le circostanze secondarie risultano argumenti, che possono indurre il giudice a credere, che la madre ha ucciso il figliuolo; il tribunale sopra il concorso di tutti questi motivi, e sul parere concorde del medico fiscale e dell'autorità medica superiore, potrà ammettere, che il fanciullo ha vissuto, e considerar questa parte dell'essenza di fatto come giuridicamente provata. Il tribunale poi dovrebbe sospettar della madre, se essa ha occultato ansiosamente il suo parto, e lo ha negato anche quando era stato accertato; se ha scaltramente allontanato ogni persona dal luogo del parto, o cercato di sgravarsi segretamente in luogo pericoloso; se i dati speciali da lei somministrati intorno al successo del parto appariscono sommamente inverisimili, od anche impossibili, avuto riguardo alla località; se l'incolpata ne' suoi esami è stata sempre vacillante, ed è incorsa in mendacj.

13) La docimasia polmonale servirà di guida al giudice, quando ai punti notati sotto num. 12 si aggiunga la confession della madre, la quale deponga, che il bambino ha vissuto. Bensì ancora in tal caso fa di mestieri considerare, se la partoriente si trovò in tale stato fisico e psicologico, da poter giustamente osservare. Bisogna pur vedere, se la confessione dell'incolpata contemplò espressamente la voce del bambino, avvegnachè gli al-

Digitized by Google

tri contrassegni di vita sieno ingannevoli, e se questa voce fu veramente udita dopo compiuta la nascita, e non dipendè meramente da un vagito uterino.

Le cautele finqui descritte possono bastare a guarentire il giudice da decisioni precipitate sopra la vita, e a consigliarlo di non omettere per soverchia vaghezza di evidenza l'uso di un mezzo che debitamente applicato può sempre fornire per lo meno una verisimiglianza.

§. 11.

Generali considerazioni da aversi nell'esaminare le cause di morte.

Anche il capitolo delle cause di morte dei bambini nati di fresco abbisogna di una revisione nei nostri compendj di diritto criminale; perchè in virtù dei moderni progressi della medicina molte possibilità, che per lo innanzi si negavano, sono riconosciute abbastanza fondate e molti contrassegni, che prima si riputavano prove sicure di lesioni micidiali, possono oggidì riguardarsi come assolutamente fallaci. Sovente i nostri giuristi hanno principalmente dimenticato, che l'atto della nascita, e lo stato, in cui si ritrova il bambino sino al momento del parto, genera certi accidenti e fenomeni, che si sono finora frequentemente considerati come segni di violenza. Mentre nei cadaveri di persone adulte le lesioni dello stato normale posson permettere d'inferire, che le medesime sono state prodotte dall'altrui violenta attività; nell'osservare i cadaveri dei bambini nati di fresco non bisogna perder di vista, che il principio della vita estrauterina fu preceduto dall'atto violento del parto, il quale altera assai facilmente i teneri organi della creatura. Di più fa d'uopo riflettere, che in molte cause di morte,

in virtù delle quali si asserisce che il bambino è perito per la negligenza materna, il rimprovero della colpa sparisce; perchè la madre viene esonerata dal suo stato fisico e psicologico dopo il parto. A chi oppone, che la conoscenza di simili stati e delle nuove scoperte non è necessaria al giureconsulto (181), perchè tocca al medico forense a somministrargli nella perizia sufficienti dichiarazioni, è agevole replicare, purchè si ponderi, che il processante può instituire una plenaria investigazione di tutti i punti importanti solamente quando conosce l'influenza di certe osservazioni sopra la retta valutazione dell'infanticidio. Chi sa per esempio, che la quistione sulla caduta dei bambini, sulle conseguenze del parto al luogo comodo, e sopra altre simili cose, dipende da molti piccoli particolari, non trascurerà nella sua inquisizione d'investigare sì fatte circostanze. Neppure il giudice decidente può essere ignaro delle indagini mediche, perchè egli ha il dovere di proporre ai periti opportune quistioni (182): e chi non conosce l'influenza di certi punti, nè la controversia, che sorge sopra di essi, non è in grado di presentare savie domande, nè di valutare, se il parere del medico sia sodisfacente, o se si renda necessaria una nuova perizia. Non è già mio intendimento di enumerare e di descrivere in questa parte della mia dissertazione tutte le cause di morte dei fanciulli appena nati: ma ragionerò solamente di quelle, intorno a cui le moderne osservazioni mediche hanno ravvisato l'inesattezza delle opinioni, che sono state dominanti finora.

(181) Ratobevera nel t. VII dei materiali per la scienza e per l'amministrazione della giustizia negli Stati austriaci a p. 425 dimostra quanto sia importante pel giureconsulto la cognizione della medicina forense.

(182) Cod. crim. di Bav. parte II. art. 239. Beling nel giornale di med. pub. di Henke t. I. fasc. 4. num. 12.

Primieramente conviene raccomandare, che il processante si dia la massima cura di ritrovare il cadavere del bambino, e di stabilirne l'identità, mediante la ricognizion della madre. Vuolsi notare per altro, che alla sicura ricognizione del cadavere infantile molte fiate si oppongono gravi difficoltà; avvegnachè la puerpera, che forse si sgravò in una camera oscura nello stato di disperazione, di angoscia, e di stordimento, ed al primo crepuscolo del mattino si accorse della morte del figlio, e ne seppellì precipitosamente il cadavere intriso di sangue, e degli altri umori sintomatici del parto, ad effetto di distruggere la testimonianza della propria vergogna, non è in grado di riconoscere positivamente la sua creatura, che non osservò a sufficienza. Laonde è una grande enormità quella di alcuni tribunali, che dalla dichiarazione, che fa l'incolpata, di non riconoscere precisamente il cadaverino per quello del proprio figlio, deducono l'indurimento di cuore, e la moral corruzione di lei. Che dalla prova della vita della creatura si deduca a torto la prova dell'infanticidio, presumendo che la vita incominciata sarebbe continuata, se non fosse stata posta in opera una criminosa violenza, è stato di già ottimamente osservato da Gans (183). Siccome la prova della vita non dimostra, se la vita incominciata fosse debole o forte; siccome anche dopo il parto, nello stato di stupefazione e di abbandono della madre, poterono aver luogo pei casi, che producessero la morte del fanciullo senza l'opera della mano materna; così una simile conclusione è affatto destituta di fondamento. E poichè la prova di tutti i caratteri del delitto, apposto all'accusata, incombe all'accusatore, e l'infanticidio riposa sull'incolpazione, che il bambino appena nato sia perito

(183) Del delitto d'infanticidio p. 148.

per man della madre; a pronunziare una condanna è mestieri, che sia pur fornita la prova delle cause speciali della morte.

Per qual serie di sciagure possa un fanciullo perire nel parto innanzi di venire alla luce, lo ha insegnato Capuron (184). Un parto di molto lunga durata, quando principalmente le acque sgorgarono troppo presto, o quando il capo del bambino è rimasto un pezzo nel bacino, l'intervento di gravi emorragie (185), l'intralciamento del cordone ombelicale, e simili, sono circostanze degne di matura ponderazione (186): e quindi è un sacro dovere dei processanti l'interrogare più esattamente che sia possibile l'incolpata sopra l'andamento del parto; sul tempo, in cui sgorgarono le acque; sulla durata dei dolori; sulle interruzioni dei medesimi; sul modo, in cui il bambino venne alla luce, cioè se pel capo, per le natiche, o pe' piedi; se vi furon perdite di sangue; in qual condizione era il tralcio ombelicale, quando accadde la nascita. E sarebbe assai conveniente, che il processante, dove non conosca che superficialmente questi punti, che si debbono stabilire mediante l'esame, se li facesse opportunamente indicare dal medico fiscale.

(184) La medecine légale relative à l'art des accouchemens p. 340—50.

(185) V. Roose della soffocazione dei bambini appena nati, Henke tratt. parte I. p. 71. Mende Instit. parte I. p. 230.

(186) Meckel Elem. p. 386. Klein nel giornale di Hufeland edi Harles t. IV. p. 109. Mende Instit. parte III. p. 54.

§. 12.

Riflessioni sulle lesioni, che si trovano nel capo dei bambini, e sulla loro caduta.

Fra i segni e le prove più comuni di lesioni violentemente causate, gli antichi compendj di diritto criminale e di medicina forense contano le fratture dell'ossa, specialmente nel capo del bambino: e sul medesimo tempo è una delle consuete discolpe delle donne, processate per infanticidio, l'addurre, che il bambino uscì con impeto subitaneo dall'utero della madre, e cadde sul duro pavimento, o su di altri corpi egualmente resistenti.

1) Conviene primieramente osservare, che le fratture e le pressioni delle ossa e le contusioni del feto possono accadere anche nell'utero, a motivo di violenze eseguite sull'addomine della donna incinta (187). Siccome è innegabile, che per mezzo delle membrane, che ricoprono il basso ventre, per mezzo della matrice, per mezzo del sacco e dell'acqua, ond'è circondato il feto, e l'azione della percossa giugne potentemente fino a lui; così il processante dee farsi esattamente descrivere i sinistri accidenti, onde fu colpita la madre nell'ultimo periodo della gravidanza, dee determinare con la maggior possibile precisione il tempo, e la gravità dei medesimi ed interrogare il medico intorno alla loro influenza.

2) Tuttochè i medici antichi lo negassero, oggidì si ammette come cosa certa, che ancora le fratture del cra-

(187) Plouquet *de laesion. mechanicis simulacrisque laesion. foetui in utero cont. accidentium*, Tubing. 1794. Schmitt nelle memorie della società fisico-medica di Erlangen t. II. p. 67. Henke tratt. parte I. p. 54—59. Meckel Elem. p. 379. Mende Instit. parte III. p. 60.

nio possano derivare da un parto laborioso (188). Sebbene il discoprimento di una simile circostanza appartenga solamente al giudizio dei medici; pure la suddetta esperienza non dee rimanere ignota al criminalista; perchè altrimenti egli potrebbe ammettere troppo facilmente come provata l' essenza di fatto di una specie violenta di morte; perchè nelle domande da farsi al medico si dee tener conto anche di questa possibilità; e perchè, quando il medico non ne avesse fatto caso nel suo parere, il giureconsulto non si dovrebbe contentare di una perizia così incompiuta. La stessa esperienza è poi di molto rilievo pel processante, in quanto che lo richiama a scoprire con la maggiore accuratezza il preciso andamento del parto, e ad ordinare al medico di visitare la madre, per dare la debita valutazione alla strettezza del bacino, o ad una strettura innormale (189).

3) La quistione relativa all'influenza della caduta dei bambini è divenuta oggidì sommamente controversa. Dietro la raccolta di osservazioni, procurata da Klein (190), questo argumento è stato esaminato con più di cautela,

(188) Hebenstreit *Anthrop. forens.* p. 336. Henke tratt. parte I. p. 59—62. Meckel Elem. p. 380. Mende Instit. parte I. p. 140. Hirt *de cranii neonatorum fissurjs ex partu naturali cum novo exemplo* Lips. 1815. Schmitt nelle mem. della soc. fis-med. di Erlangen I. p. 69.

(189) Dal mio amico e collega Nägele mi è stato comunicato questo caso notevole. Una giovane, che viveva in un matrimonio felice, e che non aveva desiderio più vivo di quello di un figlio, partorì per tre volte di seguito un bambino morto. Il suo bacino era difettoso per soverchia sporgenza dell'osso sacro, non ostante la quale i suoi parti erano così precipitosi, che in tutti e tre i casi il bambino fu partorito con le ossa del capo conquassate, prima che la levatrice potesse accorrere a prestare aiuto alla madre.

(190) V. il giornale di Hufeland e di Harles, Novembre 1815, p. 105, e Klein delle conseguenze finora ammesse della caduta dei bambini, Stuttgard 1817.

e ventilato con maggiore esattezza dagli scritti pubblicati in proposito (191). Dalle osservazioni raccolte da Klein si deducono 183 casi avvenuti nel regno di Württemberg, nei quali 155 bambini espulsi con impeto per i piè, 22 per le natiche, 6 per le ginocchia, o in posizione curvata: eppure non se ne trovò fra tutti uno solo, che fosse perito a motivo della caduta, sebbene alcuni fossero discesi da una notevole altezza, ed avessero percosso su corpi duri. Ciò che suole pur troppo avvenir così spesso, ebbe luogo anche in questo rispetto. Molti medici e giureconsulti, per vaghezza di dubitare, afferrarono volentieri le nuove osservazioni, come autorità; e mentre per lo innanzi, forse con soverchia credulità, si attribuivano alla caduta le fratture dell'ossa, e la morte, si passò all'altro estremo, e si prese a mettere in dubbio qualunque indicazione, che a questo riguardo venisse fornita dalle inquisite. In Francia si è ancora accresciuta la serie delle osservazioni (192); avvegnachè nell'ospizio di maternità si facessero cadere sul pavimento dall'altezza di diciotto pollici quindici cadaverini, e solamente su dodici dei medesimi si riscontrasse una frattura di ossa. Quanto era maggiore l'altezza, onde si faceva cadere il cadaverino, tanto era più grave la frattura. Fra i medici tedeschi Henke (193) si è principalmente acquistato il merito di distorre i periti e i giuristi da una precipitata vaghezza di dubitare, e di ammonirli, che le nuove esperienze non escludono la possibilità del con-

(191) V. Henke tratt. parte I. p. 63, e parte III. num. 1.; la memoria di Pfeufer inserita nel giornale di med. pub. di Henke t. I. fasc. 2. nun. 14, e la mem. di Dorn inserita nel num. 15. ivi; Meckel Elem. p. 378. Mende Instit. parte I. p. 227. Capuron Med. leg. p. 336. Lecieux Med. leg. ou consider. sur l'infantic. p. 67.

(192) Lecieux l. c. p. 64—68.

(193) Tratt. parte III. num. 1.

trario, Von Gönner (194) ha riferito un caso notevole, nel quale i medici, che deponevano davanti ai giurati, dichiararono che le fratture dell'ossa, che si presentavano, non poteano dipendere da rapida espulsione dell'utero materno, perchè il bambino era stato in qualche maniera difeso per mezzo delle sue spalle da sì fatte gravi fratture, e l'impeto della caduta era stato interrotto. Ma il comitato medico superiore di Monaco sostenne per altro, che, non che verisimilissimo, era anzi certo, che le fratture dell'ossa, cagionate da una caduta in terra nella subitanea espulsione dalle parti genitali della madre, aveano cagionato la morte del bambino.

Quando a me, che in medicina son laico, si volesse permettere di dedurre dalle controversie odierne i risultati, che sono importanti pel giureconsulto, io li ridurrei ai seguenti.

1) Dai casi notificati da Klein seguita solamente, che molto spesso la caduta dei bambini, anche da un'altezza di qualche momento, non produce fratture d'ossa, nè morte. Quelle esperienze non sono intieramente decisive (195); perchè le osservazioni si fondarono sopra deposizioni ottenute lungo tempo dopo l'avvenimento, e quindi si può dubitare, se la verità rimase puramente custodita nella memoria. Oltre di che è chiarita troppo poco la località, su cui cadde il bambino: e la retta estimazione di simili casi dipende dai minimi particolari della località (196). Anche dalle osservazioni raccolte da Lecieux si potrebbero trarre conseguenze eccessive; perchè negli esperimenti instituiti sui cadaverini, fatti cadere da una certa altezza, le circostanze non sono pari

(194) Annali di legislazione in Baviera t. II. p. 356—75.
(195) Mende Instit. parte III. p. 149.
(196) Meckel Elem. p. 378 in nota.

a quelle, che si presentano nei bambini viventi, che cadono dall'utero della madre; perchè specialmente nei casi della seconda specie la forza della caduta rimane diminuita dalle parti genitali, da cui discende il fanciullo, e le ossa d'una creatura vivente soffrono, in virtù della loro elasticità e riazione, un'alterazione diversa da quella, che può avvenire nelle ossa dei cadaveri (197).

2) A torto si è negata sovente la possibilità di una rapida espulsione del bambino dal grembo della madre, e si è voluto sostenere, esser cosa sospetta, che per l'appunto le incinte fuori di matrimonio parlino così spesso di parto precipitato, mentre nelle donne maritate simili casi avvengono raramente. Prescindendo dal considerare, che la donna maritata rivolge compiacente il pensiero alla nascita del suo bambino, può con maggior premura notare tutti i segni del parto, che si avvicina, fa gli opportuni preparativi, e ad ogni più piccolo indizio si chiama intorno i soccorsi, che le sono possibili; è falso il presupporre, che nelle donne maritate i casi di rapida espulsione del feto si presentin di rado. In fatti nello scritto di Klein son più di dugento i casi, in cui dei bambini di donne maritate subitaneamente caddero in terra nascendo (198).

3) È parimente un errore il voler credere inverisimile nelle primipare la rapida espulsione del feto quasichè la poca estensione della vagina impedisca un tal caso. Quando in fatti si rifletta, che le perturbazioni dell'animo sono per la occulta partoriente la prima cagione di un parto precipitato (199), e che si può facilmente immaginare il caso di una infelice, la quale, o perchè

(197) Capuron Med. leg. p. 357.
(198) Henke Tratt. parte III. p. 58.
(199) Henke tratt. parte III. p. 58.

confonda i travagli forieri del suo sgravio con altri dolori, o perchè con l'intendimento, di occultare più lungamente che può il suo misero stato, cerchi un luogo, dove sgravarsi segretamente, solamente quando il bambino ha protratto la testa dalle parti genitali, per modo che in quel decisivo momento la matrice si contragga con grandissima forza, ed espella rapidamente il bambino (200); non si può negare la possibilità di simili avvenimenti nelle primipare. Anzi per ciò si accresce nei processanti la necessità di farsi esattamente descrivere dall'incolpata le circostanze, che precederono il parto, e specialmente il tempo, in cui ebber principio i dolori; quando essa sentì il primo protrarsi della testa del feto; in qual luogo remoto allora si ritirasse; e come espellesse il bambino. Sopra l'interna verisimiglianza di queste indicazioni dovrà esser poi consultato il medico.

4) È un erroneo ragionamento pur quello, con cui si sostiene, che, quand'anche si voglia ammettere il suddetto caso, nasca sempre un sospetto di menzogna contro l'incolpata, ognorachè si trovin lesioni nelle ossa parietali del cranio (201). Imperocchè, si afferma, il capo dovrebbe cadere in linea retta dalla matrice, e percuotere al più sulla terra col vertice. Si dimentica in questo discorso, che continua l'atto espulsivo del bambino dalla matrice anche quando le spalle di lui sono già fuori di essa. Or siccome allora il capo si può torcere, e può il bambino cadere in direzione obliqua; così dall'esistenza di lesioni laterali non è dato dedurre alcun argumento contro l'incolpata: ed occorre una particolare cautela (202), quando si possa raccogliere, che il bam-

(200) Mende Instit. parte III. p. 147.

(201) V. per esempio il parere medico negli annali di Klein tomo XVII. p. 143. e le giuste avvertenze contro a questa opinione.

(202) Mende l. c. p. 155.

bino fu trattenuto nel cadere, come se precipitò per una scala di cantina, o gettato nella latrina le pietre sporgenti mutarono direzione alla sua caduta.

5) Si è dato anche troppo valore alla considerazione, che il bambino appena nato è trattenuto dal cadere per mezzo del tralcio ombelicale, o che questo per lo meno interrompe l'impeto della caduta (203). Ammettendo ancora, che il tralcio ombelicale, lungo per solito dai diciotto ai ventidue pollici, basti a trattener penzolone il bambino cadente; quando si valuti la distanza dell'orifizio della matrice dalla terra, concederemo pure, che ne risulti una resistenza nella caduta, e così una diminuzion di percossa, avvegnachè il suddetto tralcio si dovrebbe prima strappare, od almen separare insieme con la placenta (204). Queste ipotesi per altro sono pericolose; perocchè in virtù di una rapida e facile uscita della placenta, di un rapido strappamento del tralcio, e di una straordinaria lunghezza di questo, può avvenir la caduta con tutto l'impeto, senza che il corpo cadente trovi la menoma ritenuta. Quindi il processo dee stabilire accuratamente tutti i più minuti particolari, che possono esercitare un'influenza su questo punto: e bisogna in special modo attribuire importanza al ritrovamento ed alla conservazione della placenta, allo stato dell'ombelico, alla sua lunghezza e qualità, ed alla specie del suo strappamento, ed interrogarne opportunamente l'incolpata.

6) È cosa di principale importanza il sapere la posizione, in cui partorì la incolpata; specialmente se in

(203) Mende l. c. p. 151.

(204) Se l'ombelico, essendo una corda assai forte, composta di tre canali, coperti di una compatta membrana, si possa rompere facilmente, è quistione assai controversa fra i medici. P. Aman *Praxis vuln. lethal.* Francof. 1690, p. 406. Daniel raccolta di pareri medici p. 236. Meister giudizj e pareri in casi criminali p. 177.

piedi, o a sedere, o in ginocchioni. È rilevante anche la statura dell' incolpata, e la distanza dalla matrice alle piante dei piè: anzi questa distanza, che dovrebbe risultare dalla posizione indicata dalla donna, conviene ancora che sia esattamente misurata. Per preparare l' interrogatorio su questi punti, il processante ricorrerà con molto profitto al medico, dal quale si farà indicare le necessarie domade. Ed il medico dovrebbe di più inserire negli atti il suo parere sulla verisimiglianza delle cose, recate innanzi dall' incolpata.

7) Non è di minor momento l' inspezione oculare del luogo, in cui avvenne il parto. E qui fa d' uopo anzi tutto considerare, se in quel sito, secondo tutte le circostanze locali, potè accadere il parto. Debbonsi pure esattamente verificare le macchie di sangue, la loro estensione e densità, la loro distanza vicendevole: come fa di mestieri stabilire la qualità del luogo, in cui cadde il bambino, e se dall' assito sporgessero chiodi, o scheggie, che rendessero ineguale il pavimento. E dove l' incolpata asserisca per esempio, che il bambino cadesse giù per le scale di cantina, fa d' uopo determinare il numero degli scalini, la loro altezza e larghezza, la materia di cui son fatti, e se hanno i canti acuti, od ottusi.

8) La qualità della veste della partoriente presenta come un impedimento importante della caduta del bambino: e non è stato osservato senza ragione (205), che il vedere, come le segrete partorienti si sgravino d' ordinario mentre sono coperte dei loro zotici panni di tutti i giorni, nei quali urta il bambino cadendo, rende sospetta la verità delle loro deposizioni. Ma ancora in questo proposito si può facilmente andare tropp' oltre. Tutto dipende dalla posizione delle partorienti, e dalla qualità

(205) Henke giornale di med. pub. t. I. fasc. 2 num. 14.

degli abiti: e perciò anche questi punti debbono essere esattamente verificati dal processante.

9) Con le cose finora esposte si connette anche il parto al luogo comodo. A torto si è voluto dubitare (206) della possibilità di un parto improvviso al necessario, e dedurre dalla semplice circostanza, che la partoriente vi si trasferì, un motivo di sospetto contro di lei, quasichè avesse a bella posta cercato quel luogo pericoloso. Alcuni casi moderni, dai quali è esclusa qualunque intenzione delittuosa, dimostrano (207), che sino delle donne maritate, ignare dell' avvicinamento del parto, e confondendo i segni di esso col bisogno di evacuar l' intestino, possono ritrovarsi nel caso di partorire al necessario, senza accorgersi, che sia loro uscito di corpo un bambino (208). Anche più importante è questo parto al luogo comodo per causa della sua relazione con le lesioni, che senza colpa della madre possono ritrovarsi sul bambino caduto (209). Tutto il finqui detto appartiene anche a questo punto. Sarà di molto rilievo qui pure l'inspezione oculare, ad effetto di stabilire la grandezza e la qualità dell'orifizio della latrina, la lunghezza della tromba, la direzione della medesima, la specie delle sue pareti, la natura del pavimento del camerino, se il bottino era purgato, o considerabilmente ripieno, ed altre simili circostanze. Non vi ha che una inquisizione diretta a tutti questi punti (210), che possa render possibile la pronunzia di una fondata e giusta sentenza.

(206) Hebenstreit Anthropolog. p. 432.

(207) V. Henke tratt. parte I. p. 76.

(208) V. principalmente il caso narrato da Klein negli annali di med. di Harles, t. III. fasc. 1. p. 48.

(209) V. alcuni casi di questa specie negli annali di legislazione di Klein t. XV. p. 225., ed il fatto narrato da Pfister nei casi criminali t. III. num. 1.

(210) V. anche Pfister Casi criminali tomo V. p. 601.

§. 13.

Alcune moderne osservazioni sopra certi fenomeni, sovente considerati come segni di fatta violenza.

Fra i fenomeni, onde si desume l'applicazione della violenza, hanno sempre fatto una gran figura di lividure, le ecchimosi, ed anche più le macchie sanguigne; sebbene, studiando i diversi trattati, sia facile il notare, che tanto i giureconsulti, quanto i medici, hanno sovente confuso queste tre cose. Che le lividure non possano fornire alcuna prova della vita estrauterina del fanciullo, è stato già mostrato di sopra: ma che dalla loro esistenza non si debba concludere, che sieno state arrecate violenze, ce ne fanno pure avvertiti alcuni medici distintissimi (211), e si rileva di più dall'osservare, che le macchie sanguigne si presentano non di rado nei bambini appena nati, ancorchè non sieno stati per certo violentemente trattati, e solo che si consideri, che un parto laborioso frequentemente lascia, sul feto anche senza la menoma colpa della madre, quelle medesime traccie, che in altre circostanze procedono da lesioni volontariamente arrecate.

Ma neppure le ecchimosi si debbono considerare per contrassegni di violenza, come ha insegnato anche Büttner (212). L'opinione eziandio, ammessa da alcuni medici (213), che almeno dalle ecchimosi, trovate ad una certa profondità sotto le ossa del cranio, si possa dedurre

(211) Delius *de sugillatione, quatenus infanticidii indicium* Erlangen 1751. Roederer *de infantibus in partu suffocatis* Goettiug. 1760. Haller Lezioni t. II. parte II. p. 9. Mende Instit. parte I. p. 214—18.

(212) l. c. §. 68.

(213) Haller Lezioni t. II. parte 2. p. 9.

una violenza usata al bambino, dee riguardarsi per falsa. Simili stravasi, che si presentano in diversissime forme, possono dipendere da un parto laborioso, e talora si osservano sui bambini appena nati, ancorchè sieno venuti felicemente alla luce (214). Ma la fallacia di queste ecchimosi si palesa anche più, quando si riflette, che secondo le assicurazioni de' medici (215), possono comparire sul cadavere, come sequele di lesioni esterne, almeno nelle prime ore dopo la morte, e che parimente dopo la morte possono pur formarsi da sè per la crepatura di qualche vaso, incominciata che sia la putrefazione. E se non si dimentica, quanto poco diligentemente si custodiscono i corpi morti dei bambini illegittimi, e come sovento si nascondano sotto una catasta di legna, od un mucchio di sassi; si comprenderà facilmente il perchè si possano spesso ritrovare le ecchimosi sopra i cadaverini, senza che sia permesso conchiuderne, che sul fanciullo vivente sieno state usate violenze. Ma importantissima è poi pel criminalista e pel medico forense la moderna esperienza, onde risulta, che sotto il cranio dei bambini appena nati si presentano assai di frequente vere macchie di sangue (216), e non solamente come sequele di pressioni sofferte nel parto, ma ancora senza cause date, ed alcuni giorni dopo la nascita guariscono e si dileguano. Sarebbe dunque oramai tempo, che la medicina legale abbandonasse il costume di considerare le ecchimosi

(214) Michaelis nel giornale chirurgico di Loder t. II. fasc. 4. p. 657. Nägele Sperienze e trattati sulle malattie del sesso femminile p. 247. Klein Riflessioni sulle conseguenze delle cadute dei bambini p. 20. Henke nell'archivio di Horn t. II. p. 368. Mende Instit. parte III. p. 138.

(215) Riens Med. leg. ou considerations sur l'infanticide p. 271.

(216) Zeller *de cephalaematomate seu sanguineo cranii humore recens natorum*, Heidelb. 1822 *(praeside Naegele)* V. pure la precedente osservazione di Nägele esperienze e trattati p. 247.

e le macchie sanguigne, come segni di patite violenze. Quindi il giudice, che riceve dal medico un parere, fondato, sopra un'opinione sì fatta, sarà obbligato a non contentarsene, ed a chiederne un altro a più dotti periti.

§. 14.

Osservazioni sulle specie di morte per soffocazione.

È frequente il caso, in cui si ammette come provata l'essenza di fatto dell'infanticidio, quando il bambino apparisce morto per soffocazione. Ma se è malagevole nei cadaveri degli adulti distinguere i segni di soffocazione intenzionalmente eseguita (217) da quelli che nascono da cause interne; nei bambini nati di fresco si accrescono le difficoltà. Imperocchè da una parte l'atto del parto dà vita a molte cagioni di un simile effetto, e da un'altra parte dallo stato fisico, in cui si ritrova la donna nel tempo che partorisce, e subito dopo aver partorito, possono sorgere nuovi accidenti, i quali producano anche senza intenzion della madre, la soffocazione del figlio. Or siccome, secondo le osservazioni dei medici, i fenomeni, che si presentano nell'individuo morto d'apoplessia, sono perfettamente eguali a quelli, che offre il soffocato da esterna violenza (218); così dall'esistenza dei segni di soffocazione non si può inferire l'essenza di fatto dell'infanticidio (219). Solamente quando

(217) Meckel Elem. §. 199. 212.

(218) Il collegio medico superiore di Berlino dichiarò (V. Annali di Klein t. XVII. p. 107.), che i segni della soffocazione combinano sommamente con quelli dell'apoplessia, e poco ne differiscono; che quelli si manifestano più esternamente, ed in modo speciale nel cuore, e nei polmoni; questi più nel cervello, nei seni della dura madre, e nei vasi sanguigni dell'encefalo.

(219) Büttner Guida alla visita nell'infanticidio §. 82.

si ritrovasse un corpo offensivo (esempigrazia una corda intorno al collo) od un oggetto ostruttivo (esempigrazia una sbarra alla bocca) si aggiugnerà all'essenza di fatto una circostanza importante, che permetterà di concludere l'applicazione di violenza esterna. All'incontro le pressioni osservate all'esterno, o i luoghi notati di lividure nei contorni degli organi respiratorj, non si debbono affatto considerare come contrassegni positivi di violenza fatta al vivente. Imperocchè ancora una forza, che operi su di certe parti del cadavere, subito dopo la morte, può cagionare vere lividure (220): e di più i bambini vanno talora soggetti a strangolamenti senza alcuna colpa della partoriente, o a motivo di un lungo strignimento del loro collo nella vagina, o per causa di un forte attortigliamento del tralcio ombelicale intorno al collo, tantochè sembrano esistere tutti i segni di esterna violenza, (221) e non di meno la madre è incolpevole (222). Quindi occorre, che, tanto il giudice inquirente, quanto il decidente, facciano uso della massima cautela, ad effetto di non lasciarsi indurre a precipitate sentenze intorno all'esistenza del materiale dell'infanticidio, o che almeno, quando il medico fiscale, fidandosi poco delle moderne osservazioni, arguisca dalle traccie di alcune pressioni, che il bambino è stato ucciso, sarebbe opportuno, che richiedessero il parere di altri periti. Nè si debbono badar meno dal credere soverchiamente a certe ipotesi, che si propongano da alcuni medici: esempigrazia che lo scorticamento della testa, e l'uniformità della

(220) Meckel Elem. p. 288.

(221) Anche i segni di soffocazione interna di un bambino, esempigrazia nell'atto del parto, sono pienamente eguali a quelli di soffocazione violenta. V. Klein Annali t. XIV. p. 272.

(222) Meckel Elem. p. 386.

pressione sieno segni di fatta violenza (223). Imperocchè le osservazioni di altri hanno già mostrato, quanto sieno mal sicuri questi caratteri (224): e basta riflettere, che da alcuni medici moderni è stata persino rimessa in dubbio la possibilità dello strangolamento del bambino per causa delle contrazioni della vagina, o dell'attortigliamento del tralcio al collo (225). Ma siccome anche quelli, che sostengono questo dubbio (226) concedono, che quando il bambino, per causa dell'attortigliamento del tralcio, è nato asfittico, e muore per difetto di condizioni favorevoli a ravvivarsi, è possibile lo strangolamento; così l'inquirente dee precipuamente indagare, in quale stato venne alla luce il fanciullo, quanto durò il parto, se la madre fece per avventura qualche tentativo per richiamare alla vita la creatura, e dove fu questa subito posta.

Meritano uno speciale riguardo anche i casi, in cui l'incolpata afferma di avere, per debolezza e sbalordimento, lasciato lungamente nel letto accanto a sè il bambino, e di essersi accorta, come si fu riavuta, della morte di lui (227). In simili casi si presentano traccie di soffocazione; e tanto può essere, che la madre lasciasse intenzionalmente senza soccorso il bambino, quanto che lo facesse per vera debolezza, e senza intenzione. Ma la morte per soffocazione non si può ammettere in ciascuno di questi casi; perchè lo stare nella cavità, che intercede fra le coscie della madre, divaricate dal travaglio del parto, diede al bambino un libero spazio, ed è verisimi-

(223) V. Plouquet comment. p. 336.
(224) Meckel p. 386.
(225) V. Klein nel giornale di Hufeland e di Harles Novembre 1815. p. 109.
(226) Mende Instit. parte I. p. 232.
(227) V. un caso negli annali di Klein t. XVII. p. 144.

lissimo, che per l'apertura, fatta nelle coperte del letto dal corpo della donna, potesse penetrare l'aria. Laonde qui si richiede un'esatta indagine intorno alla specie, ed alla gravità delle coperte del letto, ed intorno al posto, che occupò il bambino sotto di esse.

Nè minore attenzione domandano i casi, in cui la incolpata affermi di avere inviluppato il bambino, da lei tenuto per morto, in un grembiule, o in un panno. La retta decisione di simili casi dipende sempre dal determinare, se la madre pose il grembiule od il panno sul capo del bambino, o se vi potè penetrare l'aria per di sopra; se il grembiule fu avvolto strettamente, o lentamente intorno al bambino; di che roba era il grembiule, se densa, o porosa: e perciò si rende necessario portare al tribunale, ed ivi custodire quel velame.

§. 15.

Del giudizio delle cause di morte, che possono aver luogo per negligenza della madre, od anche senza sua colpa.

Le accusate d'infanticidio sogliono il più di freqnente scusarsi con dire di essere state improvvisamente sorprese dai dolori, o di essersi sgravate in uno stato affatto manchevole di coscienza, o di essere state gittate dal parto in tale spossatezza e stupefazione, da non saper accennare, che cosa accadesse di loro e d'intorno a loro. Anche i medici e i giureconsulti cercan talora il fondamento della punizione delle incolpate nella trascuranza delle necessarie premure pel bambino, e fra gl'infanticidj colposi vien noverato da distinti criminalisti (228) per quello, che proviene dall'omissione di le-

(228) Feuerbach Elem. §. 238.

gamento del tralcio. Quindi è comunissimo il vedere, che le corti di giustizia, per non sapersi trarre d'imbarazzo altrimenti, scansano il *nome* delle pene straordinarie, e ne conservano la *realità*, avvegnachè, non trovando riscontri sufficienti per decretar la pena dell'infanticidio doloso, condannino l'accusata per infanticidio colposo a più anni di privazione di libertà. Dove per altro si prendano a considerare più esattamente l'esperienze dei medici moderni, è agevole il convincersi, che una gran parte di sì fatti giudizj è destituta d'ogni base.

1) Tanto gli antichi medici, (229) quanto i recenti (230) hanno posto in dubbio la necessità del legamento del tralcio; onde al giureconsulto altro non rimane, che ammettere (231) che in virtù dell'omesso legamento è possibile, ma non già necessaria la morte, e solamente dal ritrovarsi vuote di sangue le arterie, le vene polmonali, e la vena cava, sorge una ragione di più per attribuire la morte all'emorragia (232). Per vero dire non mancano esempj di persone, che scelgono à bella posta l'omissione di legamento del tralcio, come mezzo di commettere l'infanticidio (233): ma fa d'uopo usare la più prudente cautela per chiarire, se la detta omissione fu la causa effettiva della morte, o se piuttosto si debba riputar solamente come un tentativo dell'uccisione. Il caso abbiso-

(229) Schulze *An umbelici deligatio in nuper natis absolute necessaria sit.* Hal. 1733. Büttner Guida alla visita nell'infanticidio §. 72—76.

(230) Mende Instit. parte I. p. 387. Meckel Elem. p. 387. Capuron Med. leg. p. 360—70.

(231) V. anche Struben pensieri giuridici parte II. num. 116, parte III. num. 28.

(232) La cosa dipende ancora dall'essere stato, o no, tagliato il tralcio presso all'ombelico.

(233) Vedine uno fra i casi criminali di Schirach num. 4.

gna principalmente d'una valutazione accurata, quando i medici assegnano due cause di morte, esempigrazia l'emorragia e la commozion cerebrale (234). Una tal dichiarazione medica è già sempre sospetta, e mostra d'ordinario, che il perito non ardì affermare, qual delle due fosse precisamente la cagion della morte. Ma la cosa è nell'infanticidio anche di maggior momento, in quanto che il punto sta nel determinare in qual processo di tempo avessero luogo i diversi fatti, che si danno per causa di morte. In un caso presentatosi a me la madre confessava di aver partorito il suo figlio nell'entrata di cantina, senza intenzione di ucciderlo; che il bambino era tombolato giù per una scala di dodici scalini; che ella tosto discesa lo aveva raccolto palpitando, ed allora solamente si era risoluta a lasciar sanguinare il bambino finchè morisse, e che quindi aveva pure a bella posta omesso di legare il tralcio ombelicale. Il medico assegnava, come cause di morte, la rottura del cranio, la commozion cerebrale, e l'emorragia. Ma il collegio decidente dell'Università riconobbe l'incolpata meramente colpevole d'infanticidio tentato, perchè l'emorragia, nata dal tralcio disciolto, non si potè stabilire come sicura ed unica causa di morte, e fu di mestieri ammettere, che una causa sufficiente di morte preesistesse di già nella caduta del bambino. Postochè un'incolpata affermi di non aver omesso intenzionalmente di legare il tralcio, in quanto che esempigrazia non sapeva la necessità di sì fatta cautela, il caso si dovrà giudicare secondo le regole, che governano la prova del dolo, e secondo i contrassegni particolari. La regola, che il dolo non si dee presumere (235) vale tanto più nell'infanticidio, in quanto che

(234) V. Annali di Klein tomo XVII. p. 144.

(235) V. la dissertazione di Wening inserita nel tomo I. di questa collezione di scritti germanici di diritto crim. p. 45—80.

si possono immaginare nelle partorienti molte circostanze che discolpino l'omissione del legamento del tralcio. Quindi il processante dovrà in special modo stabilire, se l'incolpata, avuto riguardo alle relazioni anteriori della sua vita, poteva, o non poteva sapere, che il legamento del tralcio fosse considerato necessario, se ella per esempio nel parto si ritrovò alla presenza di altre persone, se con lei, o davanti a lei fu tenuto ragionamento di quella necessità, e simili cose. Per ciò che riguarda i contrassegni particolari, dai quali è dato desumere, se l'omesso legamento del tralcio fosse intenzionale, o no; quelli per vero dire, che vengono consuetamente indicati non sono tutti infallibili, ma si considera a buon diritto la posizione, in cui la madre partorì (236); lo stato intellettuale, in cui ella si ritrovò dopo il parto; anche più la specie di separazione del tralcio; se si presentano traccie di strappamento, o di taglio (237); in qual punto è reciso il cordone; se si riscontrino vestigie, onde si possa desumere, che l'incolpata cercasse di cancellare i segni dell'emorragia, per mezzo di abluzioni; se il legamento sia stato per avventura eseguito dopo la morte del bambino, ad effetto di allontanare i sospetti.

Il più spesso l'omissione del legamento potrà imputarsi a *culpa* dell'accusata: ma anche in questo i tribunali vanno tropp' oltre. La commissione o l'omissione può imputarsi a negligenza solamente quando a) l'accusata seppe, o potè agevolmente sapere, che il legamento del cordone fosse necessario, e che dal tralasciare que-

(236) Se per esempio la madre partorì nel letto, ed il tralcio apparisce strappato, il sospetto contro la madre è certamente maggiore, che quando la medesima partorì in piedi, ed il bambino cadde da un' altezza considerabile.

(237) Meckel Elem. p. 387.

sta cautela era facile che derivasse la morte; e b) quando l' accusata si ritrovasse in uno stato imputabile in genere. Or se si pondera, che le primipare non sono gran fatto instruite del come si dee diportare una partoriente, e che può facilmente accadere, che l'incolpata, allevata finora nella ritiratezza, e lungi dal contatto delle persone onde avrebbe potuto attingere la notizia di simili cose, non avesse alcuna idea del tralcio ombelicale; non si può certamente presumere, che conoscesse la necessità di legarlo (238). Di più fa d' uopo avvertire, che la puerpera subito dopo il parto si ritrova in condizioni fisiche e psicologiche, le qnali debbono scusar l' incolpata dalle omissioni. Ed è ben disumana e crudele l' opinione di quei criminalisti, che lo stato di una sciagurata donzella, che è rimasta illigittimamente incinta, e partorisce senza soccorsi, equiparano a quello di una donna maritata, ed esigono dalla prima le stesse cure, cognizioni, e cautele, che si aspettano dalla seconda: la qnale, precedentemente instruita dalle parenti e dalle amiche, si consacra tutta al caro e desiato bambino, e può con ogni diligenza informarsi dei mezzi di assisterlo con le più tenere sollecitudini (239).

2) Importa, che il criminalista non ignori, esser stato osservato, che una donna può rimanere e partorire nella piena inconsapevolezza del proprio stato, senza conoscere di essere stata incinta. So bene, che il più delle volte, che verrà allegata questa discolpa da donne fecondate fuori di matrimonio, sarà immaginaria: ma non bisogna tenerla per impossibile. Dal collegio medico

(238) Annali di Klein t. XVII. p. 145.
(239) l. c. t. XIII. p. 124.

superiore di Berlino fu già notato (240), sovente accadere dei casi, in cui la incinta non si accorge, sino all' ultimo momento, dei segni della sua gravidanza, o a motivo di un generale stato morboso abituale, o perchè prende i deboli movimenti del feto per flatulenze, o convulsioni. Anche la deputazione medica di Breslavia (241) assicura, esservi esempj bene osservati di donne, che partorirono più figli, e fino all' ultimo periodo della gravidanza rimasero pienamente ignare del loro stato: ed il nostro archivio di diritto criminale (242) racconta esso pure un caso di questa specie, guarentito per verissimo. Sebbene il maggior numero delle donne, in cui questo fatto singolare è accaduto, appartenesse alla classe delle maritate, e si possa per avventura stimare (243), che nelle incinte illegittimamente non si presenti così di leggieri, perchè la coscienza della copula illecita richiama l' attenzione alle alterazioni dello stato normale, ed alla possibilità della gravidanza; pur non si dee passare sotto silenzio, che simili casi si sono osservati anche nelle gravide fuori di matrimonio (244), e che si spiegano mediante la scaltrezza del seduttore, dal quale vennero persuase ad abbandonarsi, assicurate, che il solo primo congresso non avea conseguenze. Per lo che potrebbe esser talora un' ingiustizia il negare assolutamente, che la incinta possa rimanere nella piena ignoranza del proprio stato. Il processante bensì, per non lasciarsi ingannare da meschini pretesti, sarà in simili circostanze obbligato a chiarire, se la donna si coperse oltre l' usato,

(240) Paalzow Magazzino di giurisprudenza degli Stati Prussiani t. I. p. 349.

(241) Annali di med. pub. di Kopp t. IX p. 44.

(242) t. III. p. 176—178.

(243) Henke tratt. p. 175—178.

(244) V. Klein negli annali di Harles t. III. p. 52.

ad effetto di nascondere la crescente grossezza; se manifestò la sospensione delle sue regole; se parve turbata; se fece uso di medicinali; che disse del suo fecondatore; se all'avvicinarsi del parto cercò luoghi segreti; ed altre cose congeneri.

3) È pur certo, che una donna sorpresa dal parto, ignorando la vicinanza del medesimo, può ritrovarsi senza intenzione in un luogo, che dia occasione alla morte del suo bambino. Tuttochè molte volte (245) il pretesto dell'incolpata sia destituto d'ogni fondamento, pur non si dee condannare con precipitanza la donna; avvegnachè persone esperte facciano fede (246), che le prime doglie indicative del parto stimolano all'egestione, onde si comprende il perchè alcune partorienti si sgravino al luogo comodo. Per cimentare la verisimiglianza di ciò, che la incolpata depone, è rilevante il vedere, se essa occultò ostinatamente e con ogni cura la gravidanza; se aveva qualche notizia dei segni del parto; se soggiacque a perdite significanti di sangue, prima di ritirarsi nello stanzino; se questo era molto lontano dal luogo, in cui l'imputata sentì i primi dolori; se lungo il tratto, da lei trapassato per giugnervi, esistano traccie di sangue, ec. (247).

4) Non dee nemmeno negarsi, che una donna possa partorire senza accorgersene menomamente (248). E quando contro questa proposizione si obietta la necessità di

(245) Ann. di Harles t. III. p. 49. Henke tratt. parte I. p. 51.

(246) Platner Indagini di alcuni punti capitali di medicina forense p. 429.

(247) l. c. p. 394.

(248) Heister *resp. Behrens de partu mirabili in somno profundo matris facto* Helmst. 1751. Pareri del collegio med. di Braunschweig t. I. p. 132. Henke tratt. parte I. p. 41. Henke nel giornale di Nasse pei medici psicologi 1819 fasc. 2. p. 228.

tanta attività organica della madre, che senza esaltazione nervosa e coscienza di lei non sia possibile il parto, si può rispondere con l' esperienze, che attestan la nascita di alcuni bambini dopo la morte della madre, senza concorso di mano chirurgica (249): e Platner (250) ha risposto all' opposizione, con la quale si è asserito, che un tal difetto di coscienza, ed una tal privazione di tutte le cure e sollecitudini contraddirebbe allo scopo ed alla provvidenza della natura. Se non che il giudice non dee lasciarsi ingannare dal pretesto aereo di quei difensori, che parlano di mancanza di coscienza e di confusione di sensi. Per vero dire non è da negare, che nelle partorienti possa aver luogo un effettivo *tetanus uteri*, una dèmenza, un delirio (251): presupposto il quale stato è indubitatamente scusabile una condotta innormale e violenta della madre. Ma il semplice ricorso dei difensori ad un simile stato non può bastare al giudice: ed è necessario anzi tutto intendersi bene intorno alla specie dello stato psicologico, del quale si afferma l' esistenza. Può in fatti presentarsi *a*) una vera mania, o *b*) un particolare delirio, o *c*) una momentanea confusione di sensi con disordine di spirito, senza chiara coscienza del modo di operare, o *d*) un assoluto deliquio, ed una estrema stupefazione. Dell' influenza delle due specie notate sotto lettera *a* e *b* sarà parlato in un altro luogo. Qui precipuamente importa distinguer fra loro gli stati accennati sotto lettera *c* e *d*. In quello indicato sotto lettera *d* la partoriente non è capace di alcun modo di operare (252),

(249) Haller Elem. physiol. t. VIII. p. 420.

(250) Nelle indagini citate p. 890, 432.

(251) Nagele Esperienze e trattati p. 114 Wigand Annali di med. pub. di Kopp t. IX. p. 116.

(252) Henke nel cit. giornale di Nasse 1819 fasc. 2 p. 227.

il parto accade senza coscienza della madre, la quale, posta nell' impotenza di muoversi e di pensare a sè stessa, nulla sa poi dire del suo stato d' allora. Un tale stato può comparir credibile, solamente quando la donna adduce di aver perduto la coscienza nel luogo, in cui effettivamente partorì. All' incontro la cosa è sempre sospetta, quando la donna assevera di esser caduta in simile stato, mentre era in camera, e di essersi in quel tempo recata ad un luogo lontano, esempigrazia al necessario, o in cantina. Le persone in fatti, che sono effettivamente cadute in deliquio, ed hanno perduto la coscienza, rimangono sul posto, in cui le ha sorprese quello sconcerto, e non possono camminare. Poca fede del pari vuolsi prestare ad un simile stato, quando la donna sa indicare molte piccole circostanze particolari del parto, o quando ha commesso qualche atto violento contro il bambino (253), o è dimostrato, che l' incolpata afferrò degli utensili, e si trovano su di esso delle ferite fatte con questi. Ma nello stato additato sotto lettera *c* tutto ciò è possibile; perchè la donna non è inattiva, nè fisicamente impotente. Quivi la ragione ha solamente perduto la preponderanza, ed una grande esaltazione impedisce la tranquilla successione del pensiero. Una donna così affetta conserva anche dopo il parto le reminiscenze di quello stato, può indicare l' accrescimento della sua confusione, descrivere, od accennare le imagini, che in quel momento la scossero. Con uno stato di questa specie va congiunta l' attività, ma d' ordinario senza scopo, senza disegno, ed ec-

(253) Platner, che propendè piuttosto alla troppa dolcezza, che alla troppa severità nell' ammettere i motivi, che sopprimono l' imputazione, dichiarò incredibile un simile stato in un caso, in cui la donna, che si asseriva destituta di coscienza, aveva scagliato contro il muro il proprio bambino. V. le sue indagini p. 402.

Digitized by Google

centrica: e quindi il processante dee con le sue domande ingegnarsi di chiarire, nel più esatto modo possibile, ciò che ebbe luogo nel parto. Ma quando l'esistenza di un simile stato è anche solamente portata ad un alto grado di verisimiglianza; è chiaro, che molte specie di morte dei bambini si possono facilmente spiegare senza attribuire a *culpa* della madre neppur l'omissione.

5) Finalmente fa di mestieri sapere, che sovente subito dopo il parto sopravviene uno stato di debolezza e d'impotenza (254), che scusa intieramente la donna, sebbene il bambino abbia perduto la vita, o perchè soffocato dal sangue e dai panni, o perchè esposto all'aria fredda, o perchè achiacciato dal peso del corpo materno (255). Ma in questo caso ancora bisogna procedere con gran cautela, ad effetto di non essere ingannati da falsi pretesti. Le violenze usate al bambino non rimangono giammai giustificate da un simile stato, che toglie l'attività, e può scusare le sole omissioni. Per giudicare della verisimiglianza di questo stato, il processante s'ingegnerà di chiarire esattamente la qualità del parto, se cioè fu laborioso, o facile; la durata del medesimo; il luogo, in cui accadde, considerando, se era possibile, che l'incolpata rimanesse lungamente in deliquio, senza esser veduta da alcuno; la posizione, in cui furon poi ritrovati la madre ed il figlio; il modo, in cui si contenne l'accusata quando altre persone ebbero occasione di osservarla; e se la medesima può riferire molti piccoli particolari, immediatamente posteriori al suo sgravio. Per altro è d'uopo guardarsi dall'errore di coloro, che dalla narrazione, che fa l'incolpata, di diverse circostanze secondarie in diversi esami, deducono un sospetto contro la

(254) Henke tratt. t. I. p. 40.
(255) V. un caso negli annali di Klein t. XIV. p. 258.

sua veracità. In fatti, in quella confusione di sensi, molti particolari s' imprimono più o meno confusamente nella memoria della donna: la quale severamente battuta dalle domande del processante, ne racconta da prima alcuni, come li sa: poscia nella solitudine del carcere se ne sovviene meglio, e nell' esame successivo gli espone in un altro modo: e forse più tardi, comechè non ne ha una sicura e positiva coscienza, torna a cambiare nelle sue narrazioni.

Digitized by Google

IX.

DELLA PROVA DELL' ECCEZION DELLA VERITA' DI UNA INCOLPAZIONE, E DELL' INFLUENZA, CHE ESERCITA NEL GIUDIZIO CRIMINALE (DISSERTAZIONE DI *MITTERMAIER*, ESTRATTA DAL TOMO XX. FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1839).

§. 1.

Considerazioni generali, che debbono guidare i legislatori ed i giudici in questa dottrina. Formazione delle diverse opinioni nel diritto comune e nelle nuove legislazioni.

È ufficio precipuo del legislatore il non collocare fra delitti un'azione, che il voto generale de'savj non reputa degna di pena, ed il punire i fatti, dannosi allo Stato od ai singoli, per non compromettere il pubblico bene. La sapienza del legislatore si mostra in tutta la sua luce, quando egli, nell'emanare disposizioni penali, pondera i diversi interessi, che vengono così di frequente a collisione fra loro, ed esamina, quale di essi prevalga, e debba dare principalmente la tratta alla bilancia. La verità di quest'idea si manifesta ancora in quella parte di legislazione, che si riferisce alle ingiurie ed alle calunnie (1). Da una parte il legislatore è guidato dall'importanza di proteggere l'onore dei cittadini dalle false incolpazioni, dagli oltraggi, ed anche da quelle ciarle in-

(1) Kettenacker del delitto d'ingiuria, Maunheim 1839. p. 9.

discrete, che abbandonano in balìa del pubblico i più gelosi segreti della vita privata, e che talora per cattive intenzioni, talora per temeraria garrulità diffondendo certi fatti con gran pregiudizio di alcuno, possono arrivare a dissolvere i legami più teneri della famiglia, e a distruggere la felicità di qualche persona. Ma d'altra parte il legislatore è richiamato a guarentire ai cittadini il diritto alla libera manifestazione del vero; perchè altrimenti proteggerebbe l'immoralità, e verrebbe ad assicurare all'uomo turpe il godimento dei frutti delle sue vergogne sotto il manto della segretezza; perchè, se la verità non si potesse più dire, il popolo diffiderebbe della giustizia e della moralità delle leggi penali, vedendo punire un individuo, il quale non fece che esporre un fatto vero; generalmente conosciuto; perchè molti affari civili e sociali ristagnerebbero, se ogni persona interrogata di un fatto, la cui diffusione potesse riuscire incomoda ad altri, fosse miseramente costretto a mentire, o a tacere. Inoltre è di gran momento in molte circostanze per la civil società, che un indegno, le cui turpitudini rimarrebbero ignote, se niuno dovesse osare di rimproverargliele, non acquisti influenza nella cosa pubblica. Tutto dunque dipende dall'esaminare, se sia di maggior rilievo, e debba conseguentemente decidere, il primo, o il secondo interesse. Confrontando la storia delle legislazioni su di questa dottrina si trova la più maravigliosa diversità di principj: il che si spiega facilmente, considerando le varie circostanze, sotto il cui predominio furono nel corso dei tempi promulgate le leggi. È agevole a comprendersi, che la legislazion di uno Stato, in cui la libertà civile sia grandemente ristretta, o il dispotismo dei dominanti soffochi qualunque manifestazione del vero, non ammetterà di leggieri l'eccezione della verità: ma da una legge, che contenesse una limitazione sì fatta, s'inferirebbe

a torto l'influenza delle menzionate relazioni politiche; perocchè ancora una legislazione, animata dalle migliori intenzioni, può circoscrivere la detta eccezione, ognorachè per le speciali condizioni del popolo si debba temere, che da una libertà senza freno ad esprimere incolpazioni fossero per derivare troppo gravi pregiudizj all'ordine pubblico. Può accadere esempigrazia, che alcuni si abbandonino frequentemente alle private vendette, e che si voglia prevenire il pericolo di abusare di questa eccezione; o che per un riguardo ascetico si reputi cosa contraria alla carità, ed alla morale, il rivelare le debolezze e gli errori del prossimo, anzichè ricoprirli con una benigna indulgenza.

È noto, che i romani giureconsulti (2) riputarono, che la prova della verità esimesse l'incolpazione dalla pena: e dalla constituzione di Costantino (3) si può solamente inferire, che l'autore di un libello famoso diffuso non potesse liberarsi da tutta la pena, perchè il conoscitore di un atto punibile doveva piuttosto accusarlo, che sceglier la via della diffamazione stragiudiciale. Che la prova della verità dell'incolpazione potesse liberar dalla pena il querelato d'ingiurie, risulta ancora dalla L. 5. Cod. *de injuriis* (4). Allo scopo della nostra trattazione non occorre far uso di tutti i sussidj esegetici per indagare, se i Romani riferissero la L. 18. D. *de injur* alle sole ingiurie orali, e così la prova della verità non si ammettesse nelle scritte (5), o se la voce *peccata* si deb-

(2) L. 18. D. *de injur.* « *Eum qui nocentem infamavit, non* « *esse bonum aequum ab eam rem condemnari. Peccata enim no-* « *centium nota esse, et oportere, et expedire.* »

(3) L. 1. Cod. Theod. *de famos. libell.*

(4) « *Si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse* « *probare potes, fides veri calumnia te defendit* ».

(5) V. Chassan Traité des delits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse. Paris 1837. vol. I. p. 322. vol. II. p. 427.

ba prendere in senso stretto, e specialmente la eccezione fosse proponibile solamente quando la civil società ritraesse un vantaggio dalla diffusione dell'incolpazione, come sembra indicare quel passo (6). È notevole, che la massima del diritto romano trapassò di buon'ora nella pratica del medio evo, secondo la quale la prova della verità si considerò come capace di liberar dalla pena dell'ingiuria (7). Giulio Claro (8) si mostrò generalmente favorevole all'ammission della prova della verità. Egli vuole per vero dire, che si consideri, se lo Stato abbia interesse, che venga notificata l'azione rimproverata all'infamato, e, pognamo che sì, risponde non esser luogo ad alcuna pena: ma dagli esempj d'ingiurie da esso trascelti, nei quali non ammette alcuna deduzione di prova, si vede, che, quando l'ingiuria sta nella forma, questo dottore esclude l'eccezione della verità. Sembra di più, che le opinioni dei canonisti, i quali vollero trovare qualche cosa di contrario allo spirito del Cristianesimo nella diffusione delle debolezze e dei trascorsi altrui, fossero sfavorevoli alla prova della verità (9). Una maniera di vedere simile a quella del Claro si ritrova anche in Gail (10). Ma il giurista olandese Antonio Mathaei (11) difese senza restrizioni l'applicabilità della L. 18. D. *de injur.*, computando le opinioni degli

(6) V. Voet *ad Pandectas* lib. 47. tit. 10. num. 9.

(7) « *Si aliquis aliquem appellaverit seu vocaverit pro malo* « *proditorem, vel furem, vel latronem, et illud non probaverit,* « *vel probare poterit, solvat pro bampro LX. solidos* ». *Statut. Augustae Praetoriae a.* 1188 nel vol. II. p. 37. dei *Monum. histor. patr. Aug. Taurinor.* 1838.

(8) *Sent.* V. §. *injuria* p. 120.

(9) Chassan l. c. p. 433.

(10) Gail *Observ. pract.* lib. II. obs. 99.

(11) *Comment. ad lib.* XLVII. tit. IV. num. 8

avversarj. Al contrario Argentrè (12), distinto giureconsulto francese, si oppose all'eccezione della verità, osservando, che presso di noi è facilissima la denunzia dei reati altrui, pervenuti a nostra notizia, e che niuno può andare scusato, se ha preferito la indegna via dell'occulta diffusione a quella onorevole dell'accusa giudiciale. In simil guisa opinò ancora Carpzov, sostenendo, che nell'ingiuria si dee principalmente guardare all'intenzione, e che non merita scusa colui, che intese a nuocere all'altro, ancorchè possa provare la verità del fatto rimproverato.

In tanta incertezza di opinioni (13) è naturale, che ancora l'uso forense germanico non abbia trovato un punto fermo. Il codice criminale bavaro del 1750 (14), che si attenne semplicissimamente alla pratica del suo tempo, stabilisce la massima, che niuno rimane scusato dalla verità del fallo incolpato, perchè nell'ingiuria non tanto si guarda al fatto rimproverato, quanto alla mira d'oltraggiare: ed eccettua solamente il caso in cui si tratti di delitto capitale, che sia stato debitamente denunziato all'autorità competente (15). Il diritto provinciale prussiano dispone con pari severità che la verità del rimprovero non toglie la presunzione legale della volontà di violare l'onore, e che chiunque appose un delitto ad un concittadino, non solamente dee dimostrare la verità ma provare ancora, che non ebbe intenzione di offendere. Secondo un'ordinanza del 1798 la prova della verità si considera bensì come una circostanza attenuante (16). Una decisa influenza sulla formazione d'una dottrina più

(12) *Comment. ad consuetud. Bretomem ad art.* 627. *num* 2.
(13) Chassan l. c. vol. II. p. 428—431.
(14) *Codex maxim. bavaric. crim.* par. IV. cap. 17. §. 4. num. 3.
(15) Par. II. tit. 20. §. 348—350.
(16) V. Mannkopf dir. pen. pruss. p. 283. Berlino 1838.

Digitized by Google

equa, e meglio corrispondente al diritto romano, fu esercitata da Weber (17), il quale difese con molto vigore il diritto di dire la verità, e confutò le opinioni degli altri. Oggidì si va facendo sempre maggiore il numero degli scrittori, che ammettono l'eccezione della verità, per liberar dalla pena l'ingiuriante (18), purchè per altro l'ingiuria non stia nella forma; nel qual caso è sentimento comune, che la prova non liberi dalla pena. Queste idee penetrarono ancora nei codici e nei progetti di codici germanici. Il codice penale d'Oldenburg (19) determina, che, quando è ingiurioso il solo tenore dell'incolpazione, debba prestarsi orecchio all'eccezione della verità, ma non quando il querelato non era autorizzato, in virtù di relazioni personali, ad esprimere in un dato tempo, o in un dato luogo, la manifestazione, che fece, nè quando altresì la violazion dell'onore consiste nella forma. — Nei progetti di Baviera del 1822, 1827, e 1831, l'eccezione della verità è stata ammessa: nel primo (20) con molta limitazione, negli altri secondo la norma del codice d'Oldenburg (21) — A tenore del progetto di Annover (22), all'eccezione della verità non viene attribuita l'efficacia di liberar dalla pena, quando l'offensore si permise di manifestarsi in un modo illecito, e per recar nocumento all'altro, o quando l'ingiuria consistè nella forma. — Simili prescrizioni s'incontrano anche nei codici penali di

(17) Delle ingiurie I. p. 171—190.

(18) Feuerbach Elem. §. 289. — Tittmann Instit. II. p. 218. — Martin Elem. p. 394. — Heffter Elem. p. 328. — Bauer Elem. §. 210 — Abegg. Elem. p. 409.

(19) §. 412.

(20) Secondo l'art. 277. la prova dell'incolpazione può desumersi solamente da valide sentenze giudiciali, o da decisioni di altre autorità.

(21) Prog. del 1827. art. 244. Prog. del 1831 art. 278.

(22) §. 269.

Zurigo e di Lucerna (23). — Nel progetto di codice penale pel Granducato di Assia (24) la prova della verità fa dileguare la pena della calunnia, ma solamente sotto certe condizioni quella dell'oltraggio. — Nel progetto di codice penale, adottato da amendue le camere del regno di Württemberg (25), si dichiara, che il divulgare un fatto vero, quando sia pienamente dimostrato, non si debba considerare come una calunnia: ma che abbia luogo la pena dell'ingiuria, tuttochè in più ristretta misura, allorchè per la qualità dell'espressione, o per le circostanze di luogo, o di tempo, la manifestazione produsse un ferimento all'onore. — Nello stesso modo si esprime il codice penale del regno di Sassonia (26), ammettendo per altro, che ancora nei casi, nei quali ha luogo una pena, la *exceptis veritatis* produca l'effetto di mitigarla. — La legge tuttora vigente nel Granducato di Baden (27) dichiara, che la prova della verità sopprime la calunnia, ma la pena dell'ingiuria solamente quando l'oltraggio consiste nel tenore, e non nella forma. Se non che nei delitti di stampa la prova della verità non possiede questa virtù (28), per modo che ha luogo la pena dell'ingiuria anche nella diffusione di fatti veri, salvo il caso in cui il fatto divulgato fosse colpito della casa di disciplina, o di correzione, od in cui il querelato avesse un determinato interesse privato, o pubblico, a renderlo noto. Nel progetto di codice penale per lo stesso Granducato (29) sono ripetute nella parte essenziale queste dispo-

(23) Cod. di Zurigo §. 196, di Lucerna art. 84.
(24) Art. 283.
(25) Art. 272.
(26) Art. 201. V. Günther nelle nuove leggi criminali p. 114.
(27) L. del 31, dicembre 1831. art. 7.
(28) Art. 8.
(29) Art. 256—59.

Digitized by Google

sizioni, e solo è stata data un' estensione al diritto di provare la verità nei casi, in cui l'asserta ingiuria consiste nell'attribuire all'offeso qualità immorali, capaci di avvilirlo nello stima generale. — Il progetto di Norvegia (30) distingue, se l'ingiuriante attribuì ad altrui una certa e determinata azione punibile, o si servì di generali espressioni offensive. Nel primo caso l'inginriante, provando la verità dell'incolpazione, si libera dalla pena: nel secondo l'ordinanza del 27 settembre 1799. §. 10. non consente alcuna deduzione di prova; ma la commissione si convinse (31) del soverchio rigore di questa regola, e propose, che il querelato d'ingiurie dichiari l'azione determinata, della quale intese parlare, e ne possa provare la verità. — Il progetto di codice per la Prussia propone all'incontro, che la verità di una manifestazione non ne toglie la penalità, e che constituisce una causa attenuante nelle sole offese, che contengono il rimprovero di un delitto, quando l'offensore ebbe fondato motivo di tenere per vero il rimprovero (32).

Mentre la nuova legislazione germanica, a tenore di quanto abbiamo esposto finora, presta omaggio al principio, che la prova della verità liberi dalla pena dell'ingiuria; la legislazione francese è animata da massime affatto diverse. Anche prima della rivoluzione la giurisprudenza francese, (33) dietro l'autorità del Farinacio, e principalmente di Argentré, avea fatto parecchie distinzioni, il cui carattere capitale era quello di liberar

(30) Tit. XVII. art. 10.

(31) Motivi del progetto per la Norvegia, p. 246.

(32) Nei motivi di questo titolo p. 72. si cerca di mostrare, che la pubblica opinione è contraria a sì fatte diffusioni di atti immorali od ingiusti altrui, benchè veri.

(33) Jousse Traité de la justice crim. en France, vol III. p. 620.

Digitized by Google

l'ingiuriante dalla pena, quando l'ingiuria fosse verbale, ed espressa con intenzione di violare l'onore, e perchè la prova della verità si fornisse per mezzo di notorietà, o di documenti (34). Nel codice del 1810 (35) è stabilito, che il querelato va libero dalla pena della calunnia, provando la verità del fatto, che ferisce l'onore altrui: ma questa prova non si può desumere che da una sentenza, o da un altro atto autentico. La legge non ammette altri mezzi probatorj. La notorietà ed i ragguagli inseriti in fogli stranieri non bastano a salvare dalla persecuzion giudiciale. Per quanto la regola del codice abbia un aspetto di liberalità, pure, come dice un ingegnoso scrittore (36), è una lettera morta; perchè la limitazione della qualità della prova rende impossibile una liberale applicazione. Il cambiamento delle circostanze, durante la restaurazione, fece sviluppare altre idee. Si trovò più conveniente la dottrina inglese, che certamente in Inghilterra perde nell'applicazione la sua rigidezza. Parve necessaria una legislazione severa contro gli abusi della stampa, e fu promulgata la legge del 26 maggio 1819 (37), la quale fermò, che niuno dovesse essere ammesso alla prova della verità, fuorchè quando l'incolpazione fosse stata diretta contro un *depositaire* o *agent de l'autorité* o contro una persona rivestita di un carattere pubblico, per azioni relative al suo impiego. Mentre la legge considera come turpe la diffusione di atti vergognosi altrui, ancorchè si possano provare, riconosce di pubblico interesse, che i fatti biasimevoli delle

(34) Dareau Traité des injures (Paris 1775). p. 457.
(35) Art. 368—370.
(36) Chassan l. c. II. p. 435.
(37) Parant Lois de la presse an. 1839, ou legislation actuelle etc. Paris 1834. p. 344.

nominate persone (38) non si sottraggano alla censura dell' opinion popolare, perchè la loro vita pubblica appartiene senza contradizione al pubblico. Nell' applicare la legge del 1819 nacquero molte difficoltà. Si dovè ricercare, se il divieto, che faceva la legge, di ammetter la prova della verità delle ingiurie rispetto alle persone, che non appartengono al pubblico servigio, si dovesse intendere solamente della prova testimoniale, o scritturale, o se escludesse anche la prova legale, fornita per mezzo di atti pubblici e di sentenze. E siccome la legge del 1819 aveva abrogato l' art. 370. del codice penale, pareva esclusa ancora qualunque prova legale: ma si credè all' incontro, che dovesse rilasciarsi al giudice un certo arbitrio di concederla (39). Secondo la volontà del legislatore francese non si dee guardare, nei rimproveri diretti ai pubblici impiegati, se l' atto rimproverato sia punibile, o no. La prova si ammette in amendue i casi. Se la prova non è fornita, non si bada altrimenti alla qualità buona o cattiva dell'intenzione (40): e se la prova è fornita, ha luogo la liberazion dalla pena, ancorchè fosse cattiva l' intenzione di chi fece il rimprovero. È particolare nella giurisprudenza francese, che i giurati possano assolvere dalla pena il querelato d' ingiurie, che provò i fatti rimproverati (41), e che egli possa non ostante esser condannato al risarcimento del danno (42). Le disposizioni francesi furono biasimate a ragione (43).

(38) Intorno al senso dell' espressione *agent de l' autorité*, e *caractere public*, V. Chassan Traité des delits I. p. 382—386. I membri delle Camere, i giurati, e i testimoni hanno carattere pubblico.

(39) Parant l. c. p. 345 e 348.

(40) Rauter Traité de droit crim. francais vol. I. p. 573.

(41) Revue de legislation et de jurisprudence, Paris 1838, vol. IX. p. 133.

(42) Chassan l. c. vol. II. p. 437—440.

(43) Destriveaux Essais sur le code pénal, p. 144.

Nella revisione del codice, fatta nel Belgio il 1834, prevalse il sistema della legge del 1819, che fu incorporata nel nuovo progetto. Haus (44) ravvisò con molto senno l'insufficienza della proposizione, e nel suo progetto (45) espose il sistema, di cui faremo parola più sotto. Ognorachè l'incolpazione prenda di mira un pubblico impiegato, od una persona rivestita di carattere pubblico, nelle loro funzioni officiali, il querelato può addurre ogni specie di prova, per liberarsi dalla pena della calunnia. Se l'incolpazione tocca dei fatti relativi alla vita privata dei cittadini, e legalmente punibili, l'autore si può difendere con le sole prove, che risultano da una sentenza. Postochè l'incolpatore abbia giudicialmente denunziato quei fatti, il processo d'ingiurie riman sospeso, fintantochè non sia terminato quello dei fatti denunziati. Se l'incolpazione prende di mira dei fatti, che non sono punibili, il querelato può dimostrarne per ogni modo la verità; salvo il caso, in cui risulti probabile, che egli abbia incolpato con l'intenzione di violare l'onore. Dove poi l'incolpazione si diriga a dei fatti, che sono in vero punibili, ma che si possono perseguitar solamente a denunzia di parte, l'incolpatore non è ammesso alla prova dei medesimi.

Un sistema particolare domina nel diritto inglese. Noi abbiamo dichiarato altrove (46) la massima inglese intorno alle ingiurie, ed intendiamo di congiugnere la presente esposizione con quella anteriore. I principj giuridici d'Inghilterra in materia d'ingiurie non si appoggiano ad una legislazione chiusa, ma alla *Common Law*,

(44) Observations sur le projet de revision du code pénal présenté aux chambres belges. Grand 1836. vol. III. p. 60—67.

(45) Art. 373—377.

(46) Archivio di dir. crim. t. XIII. p. 529—532.

Digitized by Google

e solamente pochi statuti si riferiscono a questo capo. La sola consuetudine forense ha sviluppato a poco a poco le opinioni, le quali non sono perciò inalterabili e costanti, ma procedono insieme con la coltura del popolo. Vuolsi principalmente considerare, che in Inghilterra decidono i giurati, i quali hanno un potere estesissimo nei delitti di stampa (47), e conciliano con l' esigenze della vita pratica e con l' equità l' apparente rigore del principio giuridico. Il diritto inglese distingue le ingiurie verbali (*slander*) dal libello, che corrisponde al nostro delitto di stampa. L' ingiuria verbale si trae dietro una querela diretta a conseguire il risarcimento del danno: il libello, o può dar luogo ad una simil querela, o ad un' accusa criminale (48). Quando la querela dell' offeso è diretta ad ottenere l' indennità, la prova della verità dei fatti libera il querelato dal dovere di risarcire; perchè l' azion dei danni non si può sostenere contro chi disse il vero; perchè dipende dall' offeso, ottimo giudice delle sue circostanze, il proporla; e perchè non conviene, che l'autore d'un'azione indegna, che si può dimostrare, tragga guadagno dal fatto rimproveratogli (49). Da un' idea affatto diversa parte il diritto inglese nel libello, ognorachè venga intentata un' accusa criminale. In questo non si ammette la prova della verità dei fatti attribuiti; perocchè, dove l' inquisizion criminale ha luogo sovente contro volontà dell' offeso, non è applicabile il principio, che nell' azione dei danni permette la eccezione. La ragione in fatti, per cui la legge decreta contro il libello

(47) Worthington Inquiry in to the power of juries to decide incidentally points of law, p. 135. — Chassau Traité des délits et contraventions de la parole, vol. II. p. 129.

(48) Harkie a treatise on the law of slander and libel, London 1830. vol. II.

(49) ivi - preliminary discurse p. CXIX—CXXVII.

una pena, quella si è, che per via delle incolpazioni divulgate si dà un grandissimo eccitamento alle private vendette, e al disordine, e si perturba la pubblica pace, che dee guarentirsi dal legislatore (50): e sotto questo aspetto non occorre considerare, se l'incolpazione sia vera, o no; perchè appunto nelle vere incolpazioni sarebbe maggiore l'esasperazione, e il conseguente pericolo di veder disturbata la sicurezza. Il fondamento della penalità delle ingiurie, secondo il parere dei giuristi inglesi, non consiste nella falsità del rimprovero. La legge dee con minaccie penali proteggere energicamente l'onore, e non permettere una diffusione d'incolpazioni, capace di provocare un disordine tanto pericoloso; perocchè, concedendo la prova della verità in tribunale, l'inquisito rimarrebbe esposto a gravissimi pregiudizj, specialmente in Inghilterra, dove il carattere di un uomo può divenire oggetto di un pubblico processo. Anche nell'azione di discolpa civile i giureconsulti inglesi fanno delle distinzioni intorno alla concession della prova della verità; onde si dubitò del diritto della medesima, quando l'incolpazione consista in generali espressioni (51), come quella di chi dicesse — A è un ladro. — Alla formazione di questi principj in Inghilterra contribuì l'autorità di alcuni antichi giuristi, esempigrazia di Coke, il quale, precipuamente nel libello, ebbe dinanzi agli occhi le disposizioni romane intorno al *libellus famosus*. Modernamente per altro è stata molto censurata la severità di queste massime escludenti la prova, ed ha progredito l'opinione, che la vuole concessa anche nei processi di libello (52).

(50) Ivi p. CXXI. vol. II. p. 251. Deacon Digest of criminal law of England, vol. II. p. 806.

(51) Ivi vol. I. p. 466.

(52) Ivi p. CXXI. CXXVIII. — Mill *Encycopledia britannica* art. *liberty of press*. — Law-magazine, fasc. 24. p. 436.

Nella pratica poi si venne formando a poco a poco un' altra idea. Ognorachè dal processo risulta, che l' incolpato operò a buona fede, e senza intenzione di recar danno altrui (53), o che prese di mira un interesse lecito; si presenta un motivo di decretare l' impunità. Su di che influisce non poco la pronta dimostrazione della verità del rimprovero. I liberi giurati esaminano questa circostanza dietro l' impressione dell' insieme: e il querelato può contare (54) sull' assoluzione, quando essi si convincano, che il rimprovero di fatti veri avvenne senza cattiva intenzione (55).

Le massime inglesi trapassarono nella giurisprudenza e nella legislazione dell' America settentrionale. Ma il gran valore, che in quel paese si annette alla libertà della stampa, fece sì che non vi trovassero accesso alcune opinioni, che in un tempo di minor favore per la medesima erano nate in Inghilterra. Il libello fu considerato come una specie d' ingiuria, accompagnata per altro da circostanze aggravanti. La potenza dell' opinion popolare non sofferse, che si punisse un uomo, perchè aveva detto la verità (56): e lo spirito di quel paese estese il diritto di esprimerla in tutti i casi, in cui si presentasse un pubblico interesse di averne notizia, come rispetto ai candidati ai pubblici impieghi. In America si diffuse piuttosto la moderna giurisprudenza inglese; ma vi si scorge per certo non piccola varietà di principj nelle legislazioni dei diversi paesi (57). Bensì l' idea dominante e fondamentale è il favore della libertà, e del diritto alla verità (58); onde

(53) Harkie l. c. vol. II. p. 255.

(54) Ivi vol. I. p. CXLV. sq.

(55) Nel nuovo bill proposto da Ockonnell è ammessa la eccezione della verità anche nell' accusa criminale di libello.

(56) Olive Rights of an american citizen Boston 1832, p. 253—263.

(57) Kent Comment. on american law, vol. II. p. 16—22.

(58) American jurist, fasc. XXXI. p. 93—107.

la prova di questa sottrae dalla pena del libello. Secondo alcune legislazioni la prova della verità è indistintamente permessa in tutti i processi di libello (59): secondo altre si aggiugne, che debba assolversi il querelato, quando provi la verità, e il libello sia stato divulgato per buoni motivi (60): secondo altre (61) è permessa la prova della verità, ogni qual volta il libello è diretto ad investigare la condotta officiale de' pubblici impiegati, o di persone, che hanno un carattere pubblico, o quando l'oggetto dello scritto è adattato a fare introdurre un' inquisizion criminale: secondo altre la prova della verità è esclusa, quando si tratti di scritture, che feriscano la fama d' un trapassato, o si propongano di divulgare la fisica deformità di una persona vivente. Un importantissimo progetto sopra la punizion delle ingiurie fu proposto da Livingston per la Louisiana (62). Egli parti dall' idea di favorire il diritto della verità, e di proteggere i cittadini dagli assalti della malevolenza.

La quistion della prova della verità è stata modernamente discussa in varj paesi all' occasion di deliberare le leggi relative alla stampa. Noi torneremo a questo proposito nel §. IV.

(59) Esempigrazia per la constituzione dello Stato di Connecticut I. art. 7, e a tenore del cod. crim. della Georgia, del 1833, p. 181.

(60) Revised statutes of New-York, I. p. 85. Revised statutes of Massachussets, cap. 33. p. 746.

(61) Constitution of the Pensyivanien art. IX. sect. VII. of the Ohio VII. sect. 6. of the Kentuky acj. X. sect. 8.

(62) Code of Louisiana, tit. XVIII. p. 90.

§. II.

Ragioni contrarie alla prova della verità.

Le ragioni, con le quali si cerca di escludere la prova della verità si riducono principalmente alle seguenti (63).

1) La libertà di far noto quanto si sa di un altro, foss' anche pregiudicevole all'onor suo, con l'obbligo solo di provare la verità della manifestazione, disturba la pace della civil società, distrugge la confidenza delle relazioni coniugali, disunisce gli amici e i compagni, e può facilmente dissipare la felicità di un uomo, che scorga abbandonato alle pubbliche dicerie anche ogni atto, che egli commise in un momento di debolezza.

2) Che il diritto di dire la verità sia sempre fondato, non si può ragionevolmente affermare. Se per esempio facesse taluno il racconto d' un fatto vero ad una persona gravemente ammalata, che fosse per riceverne la più profonda e pericolosa impressione; se il medico, o l'impiegato, che avevano il dovere di tener gelosamente segreto un fatto, lo partecipassero ad altri; chi scuserebbe l' indiscretezza di costoro, perchè hanno detto la verità, e non crederebbe piuttosto, che non se ne dovesse ammetter la prova, perchè la manifestazione è immorale in sè stessa?

3) Se si concede a chiunque il diritto di pubblicar tutto ciò, che gli è noto di un altro, e di provare la verità della sua affermazione, si viene a rilasciare ad un tribunale incompetente il giudizio delle azioni de' cittadini. Imperocchè quando la calunnia contiene il rimprovero di un atto delittuoso, si adisce, per provare la verità contro l' *actio injuriarum*, un giudice, che non ha la

(63) Harkie l. c. p. CXIX. CXXX.

facultà di decidere del maleficio attribuito. Se A esempigrazia viene incolpato da B di aver commesso un furto a danno di C, e lo stesso A promuove la querela d'ingiurie; il solo tribunale, che dee giudicare di questa, sarebbe autorizzato, nel caso della *exceptio veritatis*, a risolvere la quistione del furto commesso contro di C: mentre il solo tribunale di C è competente a decidere del delitto, commesso in quel circondario. L'imbarazzo sarebbe anche maggiore nelle calunnie, che attribuiscono altrui un'azione immorale. Ammettendo allora la prova alla presenza del tribunale, si ricorrerebbe propriamente al giudizio del pubblico, soprattutto negli Stati, in cui vige il sistema della pubblicità dei giudizj. E qui si pensi, quanto sia fallace il giudizio di una moltitudine, facilmente inchinevole ad ammettere un'opinione a carico altrui, e che non ha le capacità necessarie ad investigare a fondo la verità.

4) La concession della prova apporta, come osservano i suoi avversarj, gravissimo danno all'oltraggiato. Se questi è innocente, la ferita, che ricevè dall'ingiuria, si dilata, quando il querelato si studia di dare, mediante la prova, le apparenze del vero al rimprovero, e per difendersi offende. Riuscirebbe agevolissimo il conseguimento della vergognosa sua mira ad un furtante, che volesse indegnamente colpire una donzella innocente, sol che egli sostenesse, che la medesima avesse una notte dato ricetto nella sua camera ad un uomo coniugato. Ancorchè l'incolpatore non producesse falsi testimoni, gli sarebbe sempre facile coacervar circostanze, atte a presentare in un aspetto infelice la donzella; perchè tutti sanno, quanto gli uomini sieno facili a riputar verisimile il male, che si narra degli altri.

5) Il permettere legalmente di liberarsi dalla pena della calunnia, mediante la prova della verità, si rappre-

Digitized by Google

senta ancora come contradittorio allo spirito di una savia legislazione. Il legislatore in fatti ha dei buoni motivi per non minacciare di pena tutte quante le azioni immorali. Ma il diritto di punire verrebbe infelicemente esteso fino al segno di convertire i peccati in delitti, se l'incolpatore d'un azione immorale potesse rivolgere il tribunale ad investigarla, contrapponendo alla querela d'ingiurie l'eccezione della verità. Quando un marito in un momento di debolezza abbia rotto la fede giurata alla moglie, o una donzella abbia permesso qualche libertà al giovane amato, ogni maligno o temerario, che fu casualmente testimone di simili fatti, potrà sollevare indiscretamente il velo, che li ricuopre, e rovinare con la prova giudiciale la domestica tranquillità di quell'uomo, e la fama di questa fanciulla.

6) Se la legislazione permette un simile procedimento, sovverte le idee di tutti i popoli, che riguardano la vita privata de' cittadini, e l'interno delle famiglie, come un santuario, in cui lo Stato non penetra senza urgenti motivi, e che anzi dee difendere dalle esplorazioni e dalle ciarle dei terzi. La pretensione di fare oggetto di giudiciale ricerca tutte le azioni d'un cittadino è contraria ai precetti della cristiana carità, e si oppone alla teorica del miglioramento, tanto apprezzata dai moderni, concedendo a ciascuno di rinfacciare pubblicamente il delitto ad un uomo, che ne ha espiata la pena.

7) Le azioni, contro di cui si suol promuovere l'*actio injuriarum*, o sono punibili; o sono semplicemente immorali, o senza appartenere all'una, nè all'altra specie, possono dimostrare certe debolezze od imperfezioni altrui. Nel primo caso non dee permettersi all'ingiuriante la prova, perchè poteva o doveva denunziarle, al tribunale, e non merita scusa, se non lo fece: nel secondo e nel terzo caso, nè il tribunale, nè il terzo ha interesse

o diritto di spiegare in giudizio la prova di azioni, che la legge a bella posta si astenne dal colpire di pena, e che niuno è autorizzato a portare alla cognizione del pubblico.

§. III.

Ragioni favorevoli alla prova della verità.

Poichè il legislatore nel constituire le disposizioni penali dee ponderare i diversi interessi, fa d'uopo, che egli consideri, se sieno per aver luogo inconvenienti maggiori, dove non conceda la prova della verità, o dove la conceda con certe limitazioni. Noi abbiamo dimostrato nel precedente paragrafo, quali pregiudizj deriverebbero dall'ammetterla senza restrizioni: ora è nostro debito esporre anche quelli, che procederebbero dall'escluderla assolutamente. In questo proposito è principalmente instruttiva l'esperienza della Francia.

1) Se la legge non permette all'incolpatore di provare la verità dell'incolpazione ad effetto d'invalidare l'*actio injuriarum*, il querelato incorre nella pena della calunnia, ancorchè sia giusto il rimprovero, che egli ha fatto. A per esempio viene interrogato da B intorno al carattere di C, al quale B è in trattato di maritare la figlia. A sa bene, che C ha sedotto una donzella, e che è stato punito per via di truffa, e da uomo d'onore partecipa tutto questo a B. C, giunto a risaperlo, muove una querela contro di A, il quale è pronto a provare la verità della sua comunicazione: ma ciò non ostante non viene ascoltato, e soggiace alla pena, come calunniatore. Sì fatta punizione per altro sta in aperta contradizione (64) con la coscienza popolare, la quale dà il nome

(64) Di ciò convengono anche i giuristi inglesi. Barkie l. c. prelim. disc. p. CXXI.

di calunniatore solamente a colui, che incolpa falsamente un altro. La pubblica voce condanna una legislazione, che sottomette alla pena della calunnia chi non ha fatto altro che dire la verità (65): e guai ad una legislazione, che costringe i giudici a pronunziar sentenze, contraddette dal voto generale!

2) L'esclusion della prova della verità conduce ad un sistema di menzogna e d'ipocrisia, il predominio del quale corrompe finalmente il carattere del popolo: ed in ogni caso produce almeno una ritenutezza, che guasta la necessaria sincerità dell'indole. Quando taluno, che vuole intavolare con A, cui ancora non conosce, un affare importante; s'informa primieramente del suo carattere da chi ne ha pratica. Ma se v'è il pericolo d'incorrere nella pena della calunnia, niuno, che conosca le più turpi azioni di A, oserà di avvertirne l'altro e di dire la verità. Se nelle elezioni la voce si determina a favore di B., conosciuto da molti, come autore di pessime azioni, che lo rendono indegno di essere eletto; per non soggiacere alla pena della calunnia si tacerà, o si loderà contro coscienza un uomo, che si reputa un malvagio.

3) In questo modo si ledono gl' interessi più rilevanti dei singoli. Una persona prudente, che, prima di trattare d'affari con un terzo, s'informi della sua natura, e della sua precedente condotta, non può confidarsi di sapere la verità. La legge chiude le labbra (66) a coloro, che sarebbero in grado di comunicargliela, ed egli entra ingannato in una faccenda, nella quale troppo tardi s'accorge d'essersi impegnato con un uomo indegno.

4) L'impossibilità di proporre l'eccezione della ve-

(65) Haus Observat. sur le projet de revision lit. p. 67.
(66) Sommer Trattati p. 149.

rità non è meno funesta ai pubblici interessi (67); perocchè, quando si tratta di eleggere i deputati e gli amministratori comunali, preme grandemente allo Stato, che non s'intruda in que' posti chi non li merita. È diritto e dovere di tutti i cittadini, e principalmente degli elettori, l'esprimere palesemente il proprio convincimento intorno all'indegnità di un candidato, che si procaccia scaltramente il favor dei suffragj. E siccome lo Stato ha il più grande interesse ad avere uomini degni nei pubblici impieghi, non è conforme alla prudenza il serrare la bocca a chi rivela le turpitudini d'un impiegato, ed è pronto a provare la sua affermazione.

5) Sarebbe malagevole il credere, che la morale ritragga vantaggio dall'esclusion della prova della verità; perocchè il timore del libero giudizio dei concittadini distorna infallibilmente da molte azioni disoneste o illegali. Ma tostochè la legislazione non consenta alla pubblica opinione di esprimersi, e, proteggendo qualunque uomo ingiusto ed immorale, punisca, come calunniatore, colui, che osa incolparlo d'un'azione malvagia; viene a mancar quella forza, che dissuade così potentemente dal delitto, ed il furfante è sicuro, che niuno oserà di chiamarlo con questo titolo.

6) Gli avversarj rispondono, che non è necessario permettere l'eccezione della verità, perchè chiunque conosce azioni illecite altrui non dee far altro che denunziarle al tribunale; onde si vuol riputare, che chiunque omette questa denunzia, e sceglie la via di diffamare fuor di giudizio il proprio concittadino, operi per cattive intenzioni, e perciò non meriti di essere ammesso a provare la propria asserzione. Questo ragionamento si appoggia all'erroneo supposto, che ognuno possa denun-

(67) Zum Bach Idee sugli oggetti capitali del diritto penale, p. 302.

ziare al tribunale le azioni, il cui rimprovero è oggetto della querela di calunnia: ma un gran numero d'imputazioni si riferiscono ad atti, che non sono punibili, e che non ostante fanno cadere nel pubblico disprezzo chi li commette: esempigrazia che un uomo agiato ricusi di mettere a parte della sua fortuna un padre vecchio e miserabile, lo abbia fatto cacciare di casa da' famigliari, e lo lasci vivere meschinamente; o che taluno abbia sedotto una donzella; o che un altro passi la vita nei bordelli; o che un cittadino, che pretende all'onore di deputato, si sia obbligato col ministro, da cui attende un impiego, di dar sempre il voto favorevole alle proposte ministeriali. In simili casi fa di mestieri permetter la prova di tali azioni, quando l' incolpato intenti la querela della calunnia. Al querelato non si può rimproverare di non averle denunziate al tribunale, perchè non era dato perseguitarle giudicialmente. Ma, tuttochè si trattasse di azioni punibili, non sarebbe esatto il dire, che l' incolpatore le potea denunziare; perchè vi sono dei delitti, contro i quali non si procede d' uffizio, ma solamente dietro doglianza di parte, come per esempio l'adulterio, ed il ratto: ed anche alcuni di quelli, che si perseguono d' uffizio, può avvenire che non si possano denunziare, o perchè commessi all'estero, o perchè prescritti. — E quando si replica, che, dove un'accusa, od una denunzia giudiciale non è ammissibile, neppure il terzo ha diritto di rimproverare l'azione; quando inoltre si afferma, che i fatti non colpiti di pena debbono rispettarsi come un segreto, e che lo Stato non dee permettere, che sieno propalati; si cade evidentemente in altri errori. Nella vita civile compete certamente ad ognuno il diritto d' informarsi del carattere della persona, con cui vuol entrare in affari, o alla quale si pensa di dare il proprio voto elettivo. Ognuno dunque ha interesse

di domandare dell'indole di certe persone: e il domandato, che ne conosce qualche particolare, è obbligato, almeno moralmente, a comunicare la verità. Moltissime sono le circostanze, nelle quali importa grandemente al cittadino il conoscere la condotta altrui: nella qual ricerca non vengono in considerazione le sole azioni punibili, ma ancora le immorali, onde si può principalmente giudicare dell'indole d'una persona. È poi falso, che lo Stato non debba permettere d'investigare le azioni, che non dichiarò delittuose; perchè parecchi fatti indelicati, e per ragioni politiche non colpiti di pena, non sono già dalla legge approvati: la quale anzi intende di rilasciarne il giudizio alla rigorosa censura dell'opinione, che sovente esercita sopra i colpevoli un'influenza più terribile dei tribunali criminali. — Il permetter la prova della verità nell'ingiurie orali, e l'escluderla nelle stampate, come si fa in Inghilterra, è un assurdo; perchè non sussiste, che con quelle della seconda specie si disturbi la pubblica pace. Se taluno dà la taccia di ladro ad un altro in faccia a mille persone, si può difendere con l'eccezione della verità: se fa stampare la stessa proposizione nel foglio settimanale d'un paesello, non è ammesso alla prova. Dov'è qui la conseguenza? Quando gli avversarj sostengono, che l'interesse della pubblica quiete esige l'esclusion della prova della verità, e che molte ingiurie si evitano, dove si sappia, che la legge non permette di profittare dell'eccezione; vuolsi notare all'incontro, che quella vantata calma, in cui riman soffocata qualunque manifestazione del vero, non è desiderabile; perchè per una parte corrompe il carattere del popolo, che s'abitua alla menzogna, ed all'ipocrisia, e per l'altra danneggia la vita del commercio, e dei pubblici interessi. Noi ammettiamo certamente, che in alcuni casi una persona, la quale riveli dei fatti veri di un'al-

tra, meriti pena: mà questa pena dipende dalla violazion del segreto, che incombeva al rivelante, o dall'inginria; nè si può affermare per questo che il veridico si debba punire come calunniatore. — La legislazione non dee ristringere la libertà civile, e neppure la libertà della parola, più di quello che l'interesse pubblico esige. —

È dunque nostro debito esaminare, fino a qual segno sia necessario stabilire limitazioni. Su di che noi riconosciamo piena di saviezza la massima del comun diritto criminale germanico, in virtù della quale chiunque depone di fatti altrui, che dieno luogo a intentar la querela della calunnia, è autorizzato a dedurre la prova dei medesimi, e si sottrae con essa alla pena. Non è vero, che nei casi, in cui la legge ricusa l'eccezione, si ritrovi l'offeso in una condizione migliore, se sta di fronte ad uno scaltro avversario. Io sono stato testimone di pubblici dibattimenti, in cui non era il querelato legalmente concessa l'eccezione della verità, e mi sono convinto della destrezza, con la quale egli cercava di allontanare da sè il rimprovero d'una cattiva intenzione, producendo a sua difesa dei fatti, che mostravano la verità dell'incolpazione, e facendo scorgere in ogni momento, che egli avrebbe potuto provarla, se non ne fosse stato dalla legge impedito. Più volte l'offeso, nuovamente assalito dall'astuta difesa, domandò al querelato la prova de'suoi rimproveri: ma questi dovè dichiarare, che la legge gli vietava di addurle. In tale occasione non credo, che l'offeso avesse motivo di esaltare la saggia sollecitudine del legislatore.

§. IV.

Limitazioni del diritto di fornire la prova della verità.

Le limitazioni da imporsi alla prova della verità, diretta ad invalidare la querela d'ingiurie, si possono presentare in diversa maniera.

I. Possono riferirsi al tenore delle manifestazioni, che vengono perseguitate come ingiurie, vale a dire,

A) in quanto si ammetta questa prova nelle sole calunnie, e si escluda nelle ingiurie propriamente dette. Nell'esaminar la giustizia di questa opinione, tutto dipende dallo stabilire l'idea fondamentale della calunnia. Se per calunnia s'intende soltanto l'imputazione scientemente falsa di azioni, che sono dal codice dichiarate crimini o delitti, o se la legge chiama calunniatore solamente, quello che scientemente depone di azioni altrui, che sono minacciate di pena, o che per la loro immorale natura abbandonerebbero il supposto autore in preda al pubblico disprezzo; la limitazion della prova non è commendabile. Imperocchè ne risulterebbe nel primo caso, che, quando venisse fatto rimprovero di azioni, colpite di pena leggiera, e perciò non dichiarate crimini o delitti, oppure di azioni immorali, non si potrebbe ammettere l'eccezione della verità. Il che sarebbe ingiusto; perchè anzi, nel giudicare del merito d'un altro, debb'esser lecito esporre le azioni, che lo dimostrano immorale, quando se ne possa provare la verità, ad effetto che sia provveduto al pubblico ed al privato interesse delle persone, che abbisognano d'informarsi del carattere altrui. Secondo il codice bavaro, l'incontinenza contro natura, e la bestemmia, non sono crimini, nè delitti. Or chi venisse interrogato dell'indole di A da uno, che pensa di stringer con esso un contratto di società, o di

maritargli la figlia, e semplicemente dichiarasse, senza forma oltraggiosa, che A è un impudico contro natura, od un bestemmiatore, o che passa la vita nei bordelli, o che lascia languire nella miseria il suo povero padre; postochè, querelato, non potesse opporre l' eccezione della verità, verrebbe punito, come ingiuriatore, non ostante che si fosse condotto da uomo onorevole. Se l'idea di calunnia si ripone nell'imputazione scientemente falsa di determinate azioni punibili ed immorali; chiunque con espressioni indeterminate incolpa un altro d'ingiustizia, o d'immoralità, commetterà nel senso legale un'ingiuria, e non potrà con la prova della verità sottrarsi alle conseguenze penali, perchè la medesima è ammessa nelle sole calunnie. Ma questa opinione è pericolosa; perocchè a tenore di essa viene impedito di provare la verità a colui, che incolpa un altro, non di un dato delitto, o di una determinata immoralità, ma di qualità o di sentimenti spregevoli, o si serve di generali espressioni, che in sè stesse racchiudono il rimprovero di certi reati. Ma ciò sarebbe ingiusto; perocchè quando taluno, interrogato del carattere di A, dichiara, che in Vienna, ov' egli ha dimorato precedentemente, ninno si fidava di lui, avvegnachè fosse un ladro, o quando taluno dice, che l'impiegato B è sommamente corruttibile, o che si conduce immoralmente, è non rispetta i doveri matrimoniali; sarebbe cosa iniqua l'escluder la prova della verità, diretta a dimostrar l'esistenza di simili pecche. Laonde chiunque è in grado di provare, che A ha rubato, si sottrae ad ogni pena, se gli ha dato del ladro. E chiunque giustifica, che B, qualificato per corruttibile, si è lasciato sedurre per mezzo di doni, non può esser punito, come calunniatore. Se egli possa soggiacere alla pena dell'ingiuria, per causa del modo, con

cui profferse il proprio giudizio, è un' altra quistione, a cui replicheremo più sotto.

B. Una limitazione al diritto di provare la verità si può presentare dietro la qualità dei fatti, su cui si fondano gl' ingiuriosi rimproveri. Questi fatti si distinguono 1) in quelli, per cui taluno è incolpato d' un' azione punibile, od immorale; 2) in quelli, che contengono certe debolezze morali d' un altro, senza che vi sia compresa un' azione punibile, od immorale: come se taluno fosse incolpato d' una grande albagia, o di una particolare inclinazione al bel sesso, o rappresentato per una persona, che manchi di certe virtù, esempigrazia di magnanimità, di annegazione, di coraggio; 3) in quelli, che incolpano un altro d' una precipitanza non immorale, o di goffaggine, o di modi ridicoli; 4) in quelli, che contengono il rimprovero di debolezza intellettuale: esempigrazia che taluno ha dato una risposta insensata, o ha fatto qualche cosa, che mostra la sua stupidità; 5) in quelli, che appongono imperfezioni corporali: esempigrazia che taluno ha una certa malattia, o che è impotente a generare.

Per valutar giustamente l' estensione, entro la quale si può concedere al querelato d' ingiurie la prova della verità, dovrebbe riputarsi decisiva la regola seguente. *Ognorachè la manifestazione, per cui s' intenta la querela, non constituisce un' ingiuria, od una calunnia punibile,* o *per causa del suo tenore sottomette il querelato a una pena; non vuolsi ammetter la prova della verità dei fatti.* La giustezza di questa massima si riconosce osservando, che lo Stato non può concedere, che nei tribunali si facciano prove superflue, e prive d' importanza; perchè debb' essere oggetto di giuridica discussione solamente ciò, che è necessario allo scopo di una retta decision giudiciale, affinchè non si pretenda di occupar senza

frutto l'attenzione de' magistrati, e non si fornisca occasione d'inutili spese. Ciò che è privo d'importanza non contribuisce menomamente alla conclusione della controversia: ed una prova di fatti, che veri, o non veri, esercitano la stessa influenza giuridica, dee rigettarsi come priva d'importanza. Nelle ingiurie nascerebbero ancora nuovi pregiudizj dal permettere sì fatte inutili prove. L'audace, che vuol ferire un individuo, otterrebbe anche più facilmente il suo scopo, se potesse provare i fatti, la cui pubblicazione torna disaggradevole all'altro. Ancorchè l'ingiuriante venisse punito, egli avrebbe cagionato, mediante la deduzion della prova, una ferita anche più dolorosa all'ingiuriato. Se noi applichiamo l'esposta regola ai diversi fatti, che possono essere oggetto d'una querela d'ingiurie, si scopre di leggieri, che la prova non dee concedersi nel rimprovero di debolezze morali, nè d'imperfezioni corporee od intellettuali; poichè, o in simili apponimenti non trova alcuna base *l'actio injuriarum*, o la manifestazione contribuisce un'ingiuria, senza che occorra badare, se sia vera, o no. Secondo le cose, che abbiamo dette in un altro luogo (68), la protezione, che per mezzo delle leggi penali somministra lo Stato in materia d'ingiurie, è ordinata solamente a far sì, che niuno venga rappresentato da false incolpazioni, come un uomo degno di pena, o immorale, o trattato in maniera, che gli si mostri disprezzo. Perciò non è concesso promuovere una querela d'ingiurie contro chi dice, che taluno non ha grande ingegno, o che non lo crede capace di far la scoperta, del cui autore si parla, o che non è una persona magnanima; perocchè sì fatte espressioni altro non sono, che opinioni e giudizj, che

(68) Archivio di dir. crim. t. XIV. p. 66. V. anche Kettenacker del delitto d'ingiuria p. 5.

bisogna abbandonare alla libertà individuale, se non si vuol soffocare ogni commercio socievole. Nè lo Stato può decretare contro tali manifestazioni una pena; perchè il valor morale e giuridico d'un uomo non risente pregiudizio dal non possedere certe doti intellettuali, o dal non esser capace di fare delle grandi scoperte, e perchè non è dato stabilire la presunzione, che ogni cittadino abbia un ingegno privilegiato, o sia fornito delle più eminenti virtù, nè guarentire, che ogni attore, o professore, rappresenterà mirabilmente la respettiva sua parte (69). In questi casi non si può ammettere alcuna deduzione di prova, perchè non si presenta un'ingiuria. Nelle manifestazioni poi, che contengono il rimprovero di difetti corporei, tutto dipende dal vedere (70), se in esse, o per la loro forma, o per le circostanze, in cui furono fatte, apparisca un'ingiuria. È noto, che, se taluno dice, che un' altro ha un occhio solo, od è zoppo, ad effetto di mostrare, che non è buono per certe cose, potrà commettere un tratto d' indelicatezza, ma non un' ingiuria. Se taluno racconta, che un dato individuo è malato di scrotecele, od è impotente a generare, potrà meritare del pari la taccia d'indelicato, o macchiarsi di una punibile violazion di segreto, ma non d'ingiuria. Ma se in una numerosa conversazione qualche indiscreto narrasse senza motivo tali cose di un altro, o rimproverasse ad una dama, che essa imbratta il letto, come un bambino; il caso si trasformerebbe per modo, che vi si scorgerebbe l'intenzione di offendere, perchè tal contegno si potrebbe considerare come un'espressione di spregio. E

(69) Chassan l. c. vol. I. p. 341. — Kettenacker Archivio di giurisprudenza pel Granducato di Baden IV. p. 592.

(70) Archivio di dir. crim. t. XIV. p. 86. Tittmann Instituz. II. p. 219.

quando ciò risultasse, si dovrebbe escluder la prova di quelle imperfezioni; perchè il torto non consiste nell'imputazione, ma bensì nel contegno oltraggioso. In simil guisa si giudicheranno anche i casi, in cui venga fatto ad alcuno il rimprovero di difetti intellettuali. Questo rimprovero conterrà un' ingiuria, ognorachè colpirà il rimproverato nell'onore, chè è proprio della sua condizione (71).

II. Un' altra limitazione della nostra eccezione si può ritrovare.

A) in quanto la legge rimuove la pena per cagion della prova, quando risulta, che l' autor del rimprovero non lo fece per cattiva intenzione. Questa limitazione si può offerire in due modi: a) se la legge liberi dalla pena, solamente allorchè quegli, che fornisce la prova della verità, dimostri ad un tempo la buona intenzione, con cui si manifestò: b) se la legge lo esime da ogni conseguenza penale, solamente allorchè non risulta, che egli si manifestasse con cattiva intenzione. Noi non potremmo raccomandare tal norma al legislatore, nè in quel disteso, nè in questo. L' espressione di buona, o cattiva intenzione è troppo indeterminata. Quando A, interrogato dall' indole di B, depone di lui, che ha sedotto e poi abbandonato una donzella, e ne adduce la prova; ancorchè si dimostri, che st fatta manifestazione fu eseguita con l' animo di togliere a B un' altra fanciulla, della quale è invaghito A, si può dimandare, se questi debba esser punito, non ostante la prova della verità, perchè la sua deposizione non fu animata da una buona intenzione. Se qui si volesse punire, si verrebbero a violare i dettami della sana ragione. Sia pure interessata, sia pure immorale l' intenzione: non per questo è degna di

(71) Kettenacher l. c. p. 27.

pena nel senso della legge. Sarà certamente difficilissimo il discoprire sicuramente, per via del processo, la vera qualità dell' intenzione, che è una modificazione interna dell' animo. La linea, che separa il lecito dall' illecito giuridico, diverrà sommamente sottile: e il legislatore dee preferire di non far dipender la pena da simili sottigliezze. S' immagini, che una fanciulla (72) viva da molti anni, qual concubina, con un uomo ragguardevole, e che si separi improvvisamente da lui, per causa di qualche discordia, e si ritiri in una remota contrada, ove non è conosciuta la sua precedente condotta. L' uomo le corre dietro, desidera di farla ritornare appresso di sè, e per ottenere il suo intento rende generalmente noto in quella contrada, che la detta fanciulla è stata sua druda. Quali tenuissime ombre non possono in questo caso cangiare, secondo le circostanze, la specie dell' intenzion di colui, che fa la predetta manifestazione! Se per esempio la fanciulla era tornata pentita fra le braccia de' suoi genitori; se si trovava per avventura in un trattato di matrimonio con un uomo rispettabile, e l' amante anteriore, o per egoismo, o per vendetta, o per affetto, o per temerità, improvvisamente distrugge col suo racconto le migliori speranze di quella infelice; come deciderà il giudice questi casi? Se il legislatore fa dipender la pena dalla buona, o dalla cattiva intenzione, corre pericolo di convertire i tribunali civili in tribunali di coscienza: la qual cosa sarebbe ferace dei più gravi disordini.

B) Un' altra limitazione si può riferire ai mezzi probatorj, che vuole ammetter la legge. Il codice penale francese, come abbiamo accennato di sopra, riconosce per prova legale ammissibile solamente quella, che si

(72) Questo caso fu riferito nel parlamento inglese. Law-magazine, fasc. 24. p. 438.

deduce da giudiciali sentenze, o da altri atti pubblici. E questa limitazione non è opportuna; perchè impedisce di provar molte azioni, che l' uno rimprovera all' altro, tuttochè sieno verissime. Ancorchè l' atto turpe sia accaduto con una pubblicità, che lo abbia reso notorio; chi lo racconta può incorrere nella pena della calunnia, se l' altro ha l' inverecondia d' intentar la querela, sapendo, che non può essere addotta a suo carico alcuna prova legale. Dove si tratti di azioni, che secondo le leggi del paese non sono punibili, od anche di azioni punibili, contro di cui non si sia proceduto, il querelato non si potrà difendere con la produzione d' una sentenza. Se per esempio A, che viene interrogato intorno al carattere di B, che si profferisce in una famiglia a maestro d' una giovanetta, racconta semplicemente, che è stato scacciato da due case a motivo di seduzione, e di condotta immorale, dovrà esser punito come calunniatore, ancorchè i due uomini onorevoli, che ebbero presso di sè quel maestro, e lo bandirono per averlo sorpreso *in flagranti*, fossero pronti a deporre le loro testimonianze. Per ogni persona di sano giudizio basta sovente, che si produca una notizia inserita in una gazzetta straniera: la legge non permette la prova, e costringe il giudice, forse convinto della verità dei fatti imputati, a punire un uomo veridico. Una prudenza legislativa, spinta fino a tal segno, non è salutare, e non può contar sull' appoggio della pubblica opinione.

C. La limitazione più rilevante è quella, che riguarda le calunnie, commesse per via di stampa. In tutte le nuove leggi in materia di stampa è stata limitata in più modi la facultà di provare i fatti, divulgati con questo mezzo. Secondo la legge del Belgio (73) la prova non è

(73) del 20 Luglio 1821, art. 5.

permessa, che quando sia parola di fatti, relativi all'ufficio dell'ingiuriato, rimproverati ad un impiegato, o ad altro agente del governo, o ad una persona rivestita di un carattere pubblico. La legge del Portogallo dispone (74) nella stessa guisa. La legge del canton di Lucerna (75) permette ad ognuno di render noti per mezzo della stampa i fatti dimostrabili, di giudicarli, o di esprimere su di essi la propria opinione, perchè simili manifestazioni non sieno ingiuriose. Secondo la legge di Neuchatel (76) è ammessa la prova della verità, quando possa esser addotta per mezzo di sentenze. La legge di Baden in materia di stampa, e la legge relativa alle ingiurie, non permettono d'ordinario la prova della verità nei fatti pubblicati per mezzo dei torchi, ma eccettuano il caso, in cui il fatto diffuso contenga il rimprovero di un delitto, minacciato di casa di disciplina, o di correzione, od in cui il divulgatore abbia un determinato interesse privato o pubblico in tale divulgamento. — Ogni legislatore dee certamente punire con più rigore le calunnie commesse per mezzo della stampa, che quelle orali. A fronte dell'espressione orale, emessa nell'effervescenza, e spesso provocata dalla controversia, la calunnia stampata è più colpevole a motivo della premeditazione, e reca obiettivamente maggior pregiudizio, perchè si perpetua. Il legislatore ha dunque il massimo interesse a non tollerare, che la stampa divenga uno stromento di malvagità, un mezzo d'indiscretezza, che tragga alla luce la vita privata dei cittadini, strappi senza misericordia ad ogni errore il velo del segreto, produca pubblici scandali, e disturbi il riposo delle famiglie. Per quanto importi la ma-

(74) del 1835.
(75) del 13 giugno 1832.
(76) del 25 ottobre 1831.

nifestazione del vero, importa anche più, che non si abusi della stampa, perchè è noto, che le passioni si servono volentieri di questo mezzo. Quelle ragioni, per le quali il legislatore non dee sottomettere a pena le confidenti comunicazioni dell' ordinario commercio, ognorachè si possa provare la verità dei fatti, non sono applicabili alle diffusioni per via di stampa. La superbia, la millanteria, le male creanze d' un uomo, possono qualche volta eccitare a rimproverargli in compagnia un fatto vero: le interrogazioni d' una persona, che vuol essere informata di un' altra, prima di trattare con essa di un affare importante, possono determinare od esporre la verità, ancorchè dispiacevole altrui: ma non occorre d' ordinario ad alcuno di parlare al pubblico, per via della stampa, del valore d' un uomo, di scoprirne le debolezze, di svelarne i segreti privati, o di avvertirne intiere popolazioni. Chi sceglie il mezzo della stampa a questo effetto, è indotto per solito dalla passione, non da una buona intenzione, o dall' amore del vero. Sebbene questa sia la regola (77), il legislatore per altro dee riconoscere, che si presentano ancora dell' eccezioni, in cui fa d' uopo concedere la prova della verità; quando cioè l' autore della pubblica diffusione vi avesse un interesse giuridico, o 1) come uomo privato, o 2) come cittadino dello Stato. Ha luogo il primo caso, quando taluno sta in giudizio contro l' avversario, e mediante la dimostrazione di azioni illecite altrui tira dietro al proprio interesse in un atto processale, dimostrando esempigrazia, che l' altro ha commesso un delitto, od una immoralità, che lo esclude dal diritto di prestar giuramento, o di far testimonianza; o quando si tratta di concludere un affare, come sarebbe un contratto di società, e taluno dimostra,

(77) V. Kettenacker l. c. p. 51.

che una certa incumbenza, esempigrazia quella di gerente, o di cassiere, non può affidarsi all' individuo proposto. Si verifica il secondo caso, quando taluno denunzia alla pubblica autorità i delitti commessi da un altro; o quando nella elezione d' un deputato, d' un borgomastro, o d' un consiglier comunale, taluno dimosrta, adducendo dei fatti, che un candidato è indegno del posto. Basta per ciò la semplice qualità di cittadino: e se un cittadino notifica anche pubblicamente le azioni altrui, il suo fatto è lecito, perchè il pubblico ha interesse, che un indegno non sia rivestito di quelle funzioni. Un simile interesse civile si può presentare anche rispetto agli atti officiali degl' impiegati dello Stato. È agevole per altro ad intendersi, che questo interesse non procede tant' oltre (78), da persuadere la diffusione, per via di stampa, anche di semplici azioni della vita privata, la cui notificazione non sia per esercitare alcuna influenza nelle elezioni, o nella vita pubblica.

§. V.

Diffusione di fatti veri considerata come ingiuria punibile.

Sebbene abbiamo cercato finora di dimostrare, che la prova della verità dei fatti rimproverati debba liberar dalla pena; è certo per altro, che si presentano dei casi, nei quali, tuttochè sparisca, in virtù della detta prova, l'es-

(78) Abegg, negli annali di Demone, t. IV. p. 270, dubita, se gl'interessi qui presupposti obblighino sempre a ricorrere al mezzo della stampa. L' osservazione è giusta: ma, quando un tale interesse lecito è dimostrabile, il legislatore dee scusare colui, che ancora eccede nel procurarsene la sodisfazione. Qui pure il giudice sarà guidato dalle circostanze del caso particolare.

senza di fatto della calunnia, perchè non è calunniatore chi rimprovera un fatto vero, può rimanere bensì l' azione punibile come ingiuria. Sembra perciò, che, dietro le traccie di Feuerbach (79), si potrebbe stabilire nel codice, che il querelato è punibile, non ostante la verità dei fatti, allorquando l' ingiuria è stata commessa in una forma, che esprime dispregio ed avvilimento. Ma una simil disposizione si potrebbe difficilmente commendare (80); perchè l' incertezza dell' espressione suole indurre in errore i giudici. Or si ricerchi (81), se, dietro la volontà del legislatore, debba aver luogo la pena, perchè il relatore del fatto vero si servi di espressioni risentite e veementi, biasimando esempigrazia l' azione altrui, come abietta e turpe; o perchè in quelle date circostanze la manifestazione riuscì dolorosa a chi ne rimase colpito, avvegnachè il rimprovero fosse fatto in presenza di molti, o di tali persone, la cui stima gli stava specialmente a cuore; o perchè l'autore della manifestazione medesima eccede nel suo giudizio, dicendo esempigrazia di A, che davanti a lui non v' è sicurezza di proprietà, ed adducendo, che egli ha già commesso dei furti. Se il legislatore volesse far dipender la pena dalla sola veemenza dell' espressioni, correrebbe pericolo di colpire ancora gl' innocenti. La maniera di parlare degli uomini si connette con la loro individualità. Mentre taluno chiama divino tutto ciò che gli piace, e diabolico tutto quello che gli dispiace; un altro individuo tranquillo e freddo chiama buono o bello ciò che incontra la sua approvazione, e dice, che non saprebbe lodare ciò che gli sembra bia-

(79) Elem. di dir. pen. §. 289.

(80) V. Zum Bach l. c. p. 304.

(81) Kettenacker l. c. p. 48. ammette la massima, che la pena ha luogo, quando l' ingiuria sta nella forma.

simevole. Solamente per causa del suo diverso modo di favellare dovrà il parlatore vivace andar soggetto alla pena? All' uomo d' indole gagliarda ed aperta, che vegga od ascolti qualche cosa cattiva, la prepotenza del sentimento morale trae di bocca una forte espressione. — Il giudizio delle azioni altrui debb' esser lecito: e sarebbe malagevole il pesare le espressioni del giudizio sulle bilancie dell' orafo; ingiusto il punire chiunque si esprime più fortemente delle persone tranquille. Neppure dalla sconvenevolezza del luogo, o del tempo in cui la manifestazione vien fatta, si dovrebbe dedurre un motivo d' imporre la pena. Chiunque per esempio rimprovera altrui una dimostrabile azione turpe in una osteria, potrà meritare la taccia d' indelicato, ma si possono facilmente immaginare dei casi, in cui una pena non sarebbe dovuta: come se taluno, irritato dal contegno d' un altro, esempigrazia dalle sue millanterie, o male creanze, giugne al punto di gettargli in faccia quello, che sa di lui.

Il legislatore procederà con tutta giustizia, se partirà dal riconoscere il diritto dei cittadini a manifestare la verità, ancorchè riesca dolorosa ad alcuno: ma non proteggerà la passione, che cerchi sfogo, ammantandosi dell' amore del vero; non concederà a' cittadini il diritto di esercitar le funzioni del tribunal criminale sopra i loro concittadini, sebbene colpevoli; e non permetterà giammai di trattare chi è caduto in un fallo, come un uomo, che non sia più capace d' onore, e che più non debba pretendere alla tutela legale. Niuno dubita, che non meriti pena chiunque applicò solenni bastonate al seduttore d'una donzella, ancorchè adduca di poter provare la cattiva azione del percosso. A parità di ragione non andrà impunito colui, che tratta con espressione di spregio un individuo, ancorchè questi abbia commesso un' azione vergognosa. Quindi la legge dichiarerà a buona ragio-

ne (82), che il racconto di un fatto vero vada impunito, ognorachè non sia esposto in un modo che contenga un' ingiuria in se stesso. Il che accade 1) quando taluno carica d' oltraggi un altro, ed a questi aggiugne il rimprovero d' un' azione, che intende, di provare; o 2) quando taluno unisce al rimprovero dell' azione un' ingiuria simbolica, o reale: esempigrazia ricoprendo un individuo di fango, e dichiarando, che non merita di meglio chi potè commettere tale, o tal altro fatto; o 3) quando uno, senza averne l' occasione, sceglie a bella posta le circostanze, per avvilire pubblicamente un altro, mediante il rimprovero di fatti, che contengono azioni punibili, od immorali, che il primo è in grado di provare: come se un indiscreto narrasse al pubblico in un teatro, o in una chiesa, che una dama fa entrare nella sua camera tutte le notti l' amante; o 4) quando uno esprime chiaramente il proprio dispregio all' altro, dichiarandogli, che un galantuomo dovrebbe arrossire di sedergli accanto, perchè abbandonò una fanciulla, che aveva reso feconda. In simili casi il querelato, che provi i fatti, potrà andar libero dalla pena della calunnia, ma non dalla pena dell' ingiuria. Noi concediamo, che nel giudizio di questi casi il giudice debba far uso di somma prudenza, non decretando troppo facilmente la pena dell' ingiuria solamente per via della forma sconvenevolmente scelta, ma piuttosto ognorachè dal complesso delle circostanze risulti l' intenzione di trattar con dispregio.

Sovente può riuscir malagevole il decidere, se incorra in una pena chi rimprovera il sofferto castigo, ed il commesso delitto, ad un individuo, che è stato giuridicamente punito (83). Il caso si può presentare accom

(82) Così fa il codice di Sassonia art. 196.

(83) Il codice penale d' Oldemburg all' art. 35. minaccia que-

pagnato da circostanze estremamente diverse. A, contro di cui debb' esser prodotto, come testimone, B in un giudizio gli rimprovera, che fu condannato per falsità alla casa di disciplina. C dichiara di non voler conceder la mano della propria figlia a D, perchè è stato nella casa di lavoro. E, senza averne l' occasione, rimprovera in una locanda ad F, che è stato nella casa di disciplina, e non appartiene al numero delle persone d' onore. Il semplice rimprovero di un fatto vero non può riputarsi calunnia, nè la legge dee punire il cittadino, che non fa altro che dire la verità: ma tostochè il rimprovero è diretto unicamente ad esprimer dispregio al punito, e questa intenzione traluce da tutte le circostanze, una punizione può esser giusta; perchè lo Stato dee proteggere l' individuo, che espiò la sua pena, da quei rimproveri, che gli torrebbero la possibilità d' una sussistenza onorata nella vita civile, e gl' impedirebbero di sviluppare il proprio miglioramento.

§. VI.

Influenza della buona fede, con la quale taluno reputa vera una manifestazione. — Diffusione di voci pregiudicevoli.

Talora non si può dimostrare a carico del querelato, che egli deponesse fatti scientemente falsi, nè il querelato medesimo è in grado di provare ciò che rimproverò. Per questo caso è importante il cercare, se l' autore della manifestazione debba soggiacere alla pena della calunnia,

st' azione di carcere, da otto fino a quindici giorni, ed alla stessa pena sottomette colui, che in parole, od in atti, mostra dispregio, per motivo del delitto, al punito, od a' suoi congiunti.

ed esser quindi equiparato a colui, che divulga fatti, che feriscono l'onore altrui, mentre ha coscienza della loro falsità. Non è difficile notare, che, quando manca la coscienza della falsità, non può affermarsi che l'esistenza di una *culpa;* onde la quistione si ristringe ad investigare, fino a qual punto il legislatore voglia minacciare ancora in questo caso una pena. La commissione della seconda camera di Württemberg propose (84), che quegli, che udì narrare dei fatti pregiudicevoli altrui, della verità dei quali avrebbe dovuto dubitare con qualche riflessione, e non ostante li diffuse più largamente, dee soggiacere ad una pena, minore per altro di quella dovuta al calunniatore, e che tutto dovrebbe dipendere dal vedere, se egli ebbe ragioni di tenere il fatto per vero. Nella discussion della Camera si elevò una forte contradizione, Waechter s'ingegnò principalmente di dimostrare, che con tale addizione venivano soverchiamente favorite le ciarle, e propose, che quando uno non possa provare la verità della sua deposizione, nè la fonte da cui ricevè la notizia, si decretasse la metà della pena della calunnia: e la pluralità della Camera adottò la proposizione. La Camera dei Pari ricusò di accettare quest'articolo: ma la seconda Camera perseverò nella sua risoluzione. — Il codice penale di Sassonia (85) preferì un'altra via. A tenore di esso chi divulga una voce pregiudicevole all'onore altrui, senza conoscerne la falsità, è punito con la carcere fino a tre settimane, o con la pena pecuniaria: e la comunicazione di una tal voce a persone, che vi abbiano un interesse, è dichiarata immune da pena. — Il progetto pel Granducato di Ba-

(84) Relazione della Commissione p. 348.
(85) Art. 195.

den (86) equipara chi depone con la coscienza del falso a colui che divulga imputazioni calunniose, senza aver sufficiente motivo di tenerle per vere. Questa proposizione è stata censurata, perchè parifica l'azione colposa (87) alla calunnia dolosa. Ragion vuole, che si distinguano diversi casi: I. il caso, in cui taluno riferisca, come una voce, dei fatti pregiudicevoli altrui, indicando solamente, che si narrano in paese; II. il caso, in cui taluno riporti come certo un fatto pregiudicevole altrui, quasi prestandone testimonianza. Il primo caso si può presentare diversamente; perchè il narratore o 1) adduce il fatto della voce divulgata, la quale per esempio dà la taccia di ladro ad un dato individuo; o 2) ripete la voce, aggiungendo, che la reputa vera. E può accadere, che queste voci si raccontino a) in un circolo domestico di confidenza, od a persone, che avessero interesse a sapere ciò che si andava dicendo di un terzo, come se taluno riferisse la voce sinistra ad un amico, il quale pensava di affidare un affare importante all'uomo, di cui la medesima parlava; o b) la comunicazion della voce può avvenire in tali circostanze, nelle quali sia noto al narratore, che il fatto è oramai generalmente divulgato. Nel secondo poi dei casi surriferiti la diffusione del fatto pregiudicevole può aver luogo in maniera, che a) il divulgatore; senza investigazione ulteriore del vero, narri, qual cosa certa, quanto sentì dire dell'altro, come quando taluno dà per sicura qualche novella, che attinse in una locanda dalla bocca di persone forestiere; o b) che taluno esponga, come vera, una cosa, appoggiandosi alla testimonianza d'un uomo rispettabile, che gliene fece parte; o c) che taluno spacci per certo

(86) Art. 246.
(87) Kettenacker l. c. p. 30.

un fatto, che udì raccontare da persona, da lui conosciuta per mendace, o leggiera. Dove si prendano ad esaminare attentamente gli esposti casi, si potrà primieramente stabilire il principio, che vada immune da pena chi si limita a raccontare semplicemente una voce, e può porvare, che la medesima esiste; perchè non fece che ripetere ciò che si andava dicendo pel paese, senza attribuire un' azione pregiudicevole, nè mostrar dispregio ad alcuno. La stessa regola si vuole applicare, quando il narratore può citar la persona, da cui ha ricevuto il ragguaglio. Anche in questo caso egli non appone altrui alcun atto pregiudicevole, e, citando l' autore della notizia, mette gli altri nel grado di esaminar da sè stessi, se debbano crederla, o no. Ma se taluno all' incontro narra come vero, è non come semplice voce, un fatto, che pregiudica all' onore altrui, non può francarsi dalla pena della calunnia, scusandosi con la pubblica fama, o col dire di averlo udito narrare; perocchè egli prende allora la veste d' incolpatore, ed apparisce punibile, fintantochè non riesca a provare la verità della sua asserzione. Se per altro egli non ebbe la coscienza del falso, ma anzi dei motivi di tenere per vera l' incolpazione, il giudice dovrebbe essere autorizzato ad applicargli una pena minore (88).

La quistion principale è quella, con cui si ricerca, se la legge debba comminare una pena anche quando taluno diffuse per leggierezza una voce, senza riconoscerne la falsità, o divulgò senza intenzione di calunniare, un fatto pregiudicevole ad altri, senza avere sufficienti ragioni di tenerlo per vero. È chiaro, che, non esistendo una legge speciale, che contenga una tale mi-

(88) Sembra quindi, che debba esser modificato il disteso dell' art. 146 del progetto di Badeu.

naccia, il giudice non è autorizzato in simili casi a decretare una pena; perchè in essi non si presenta, che un'ingiuria colposa, la quale per diritto comune non è punibile. Se si considera, che per cagione di quegli uomini leggieri, che divulgano ogni voce, può esser prodotto molto danno, e che lo Stato ha diritto di esigere da chicchessia, che esamini bene i fatti, prima di raccontarli; può sembrare opportuno il fermare una disposizione penale di questa natura: ma se d'altra parte si osserva, che in generale le pene non debbono facilmente colpire le semplici azioni colpose; che in virtù di sì fatta minaccia il legislatore correrebbe pericolo di punire il solo difetto d'intendimento; e che è sempre malagevole il giudicare, se il narratore potesse, o no, riputar verisimile la voce divulgata; apparisce più conforme alla prudenza legislativa la sentenza contraria. È in fatti evidente, che il giudice dovrebbe penetrare nell'animo di colui, che diffuse la voce, e rilevare, se per quel dato individuo potè la medesima apparir verisimile, o affatto priva di fondamento.

Digitized by Google

X.

DELLA PROVA INDIZIARIA NELLE CAUSE CRIMINALI (DISSERTAZIONE DI *KLEINSCHROD*, ESTRATTA DAL TOMO VII, FASCIC. 1, E 2 DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

L'idea degl' indizj è non poco diversa, secondochè si desume dalla natura della cosa, o dalla positiva legislazione. A tenore della natura della cosa l'indizio è una circostanza di fatto certa, che sta con un'altra circostanza di fatto ancora incerta in una tal connessione, che dall'esistenza della prima può dedursi l'esistenza della seconda (1). Ogn'indizio è una circostanza, la cui esistenza è indubitata. Finchè in fatti l'indizio non è dimostrato, non si può inferire la conclusione dell'incerto dal certo. L'indizio incerto, o meramente verisimile, non somministra alcuna ferma base alla conclusione, la quale riposerebbe sulla semplice probabilità, e così produrrebbe un effetto di poco momento. Qui la parola circostanza si prende in senso lato, e sotto di essa s'intendono non tanto gli avvenimenti fisici, quanto ancora gl'impulsi morali di un'azione. Quando si arguisce un fatto da una passione dell'incolpato, per esempio dalla sua

(1) Una critica delle varie nozioni degl' indizj è stata somministrata da Woltaer *Semiologiae criminalis capita quaedam, Halae* 1790, cap. 2.

inimicizia verso l'offeso, l'indizio riposa su di una circostanza morale, vale a dire, su di un impulso morale all'azione. Ma perchè la circostanza formi un indizio, bisogna che stia in connessione col fatto, che se ne vuole inferire. E questa connessione debb'esser fondata nella natura delle cose, secondo la quale certe determinate circostanze vanno per consueto congiunte col fatto, e non appariscono senza di esso (o ne sieno la causa, o l'effetto, o la condizione, o la sequela), per modo che dalla circostanza si può concludere il fatto (2). Una tal connessione è la presupposizione necessaria della illazione; onde l'indizio non è escogitabile dovunque manchi sì fatta connessione. Per lo che non si può ammettere, che la legge dichiari come indizio una qualche cosa, ognorachè non esista la detta connessione; perchè la legge non può far violenza alla ragione, nè costringerla a formare illazioni dove non si possono ritrovare. Non è per altro necessario, che l'indizio consista in una circostanza secondaria del fatto, che ne vogliamo dedurre; perchè può consistere ancora in una circostanza primaria. Se si scopre esempigrazia un cadavere, che abbia delle ferite, ne inferiamo, che quell'uomo sia stato ucciso: formiamo dunque di quel discoprimento un indizio, non ostante che le ferite sul cadavere non sieno circostanze secondarie, ma primarie dell'azione principale. Nè gl'indizj sono le illazioni medesime, ma bensì le circostanze, onde le illazioni si traggono. Si confonde manifestamente la causa con l'effetto, quando si dà agl'indizj il nome di argomenti. L'occultazione della gravidanza e del parto è un indizio dell'infanticidio: la compra e la preparazion del veleno è un indizio del veneficio. Ma quella occultazion e questa compra non so-

(2) Mittermaier Teorica della prova nel processo criminale p. 382 e seg.

no veramente argumenti, ma circostanze che danno luogo ad arguire. Lo stesso si dica di tutti i fatti, che si sogliono annoverare fra gl' indizj.

§. 2.

Assai diversa è l'idea degl' indizj, ove si voglia determinare a tenore della legislazion positiva. È noto, che la constituzione Carolina, con la quale in questo rispetto concordano diverse legislazioni moderne, conta fra gl' indizj qualunque prova incompiuta: esempigrazia la deposizione di un testimone fededegno, la confessione stragiudiciale, l'incolpazion dell'offeso, confermata dalla morte o dal giuramento, e simili. Questi, ed altri fatti congeneri, non sono indizj secondo la natura della cosa: non si deduce da quelli alcuna illazione: essi producono a dirittura la verisimiglianza di ciò, che per noi non è ancora dimostrato, e che ci vien dato come certo. Al contrario l' indizio propriamente detto vuolsi dimostrare anzi tutto per mezzo di valide prove, affinchè se ne possa formare una conclusione. Secondo il diritto positivo è dunque un indizio ogni prova incompiuta, ogni circostanza, che ci fornisce la verisimiglianza di ciò che cerchiamo, o consista in un' azione, o in un punto, o in una qualità (3).

§. 3.

Gl' indizj si dividono in varie classi. 1. Altri sono generali, altri speciali. I generali si desumono per lo più dal carattere dell' incolpato, in quanto sia permesso,

(3) V. Mittermaier l. c. p. 402 e seg. Che l' indizio e la presunzione equivalgono, è stato affermato da Feuerlein, Saggio di una nuova teorica delle presunzioni §. 25. nell' archivio di Gönner per la legislazione tomo IV. fasc. 1. num. 1.

inferirne, che egli abbia potuto commettere il fatto. A questi appartiene una malvagia condotta tenuta finora; la pratica sospetta con persone riconosciute per delinquenti; l'oziosità e la vagabondità, se vadano congiunte a un dispendio, che non si possa spiegare con giusti modi di acquisto; la mala educazione; l' esercizio di un mestiere illecito in sè, che lasci inferire l'azione (come quando vengono incolpati di una frode giuocatori di vantaggio); la rea abitudine di una data specie d'illecite azioni; la debolezza del sesso, e simili. Gl'indizj speciali si desumono dalle circostanze di quel dato fatto, che si ricerca. A) Questi posson consistere in azioni proprie dell'incolpato, cioè a) in quelle, che vanno per consueto congiunte con la commissione del fatto, di cui si tratta: esempigrazia la provvista e l'apparecchio degli stromenti del fatto; le disposizioni dell'azione (come l'occultazione della gravidanza e del parto negl'infanticidj); gl'impulsi particolari a quella data azione (come l'inimicizia con l'ucciso, l'avidità di guadagno); le minaccie di eseguire quel dato fatto; la sospetta presenza dell'incolpato nel luogo del fatto, o egli vi sia stato realmente sorpreso, o la medesima si deduca dalle orme di lui sulla neve, o sulla terra molle; il ritrovare sul luogo del commesso delitto una cosa, di cui è riconosciuto ultimo possessore l'incolpato; il possesso delle cose rubate, o delle cose dell'ucciso, senza che se ne possa addurre un titolo giuridico; il nascondimento delle cose, acquistate col delitto, o delle persone, che son di questo incolpate. b) Vi son pure degl' indizj, che si desumono dalle azioni dell'incolpato nel tempo della procedura criminale: fra i quali voglionsi computare la fuga sospetta; la sospetta latitazione; il travestimento; la qualità negativa di ogni risposta data al tribunale; le contradizioni o le menzogne nelle deposizioni; gli scoloramenti, i tremiti,

i balbettamenti nell'interrogatorio; il divulgamento di falsi ragguagli rispetto al delitto; la falsa incolpazione di terzi; l'insania, o la sordità simulata; le premure dirette ad opporre impedimenti al processo, mediante la corruzione del denunziatore, o dei testimoni; la distruzion delle traccie del delitto; la sospetta discolpazione dei complici; la ritrattazione gratuita di una confessione già fatta. B) Gl'indizj speciali possono ancora consistere in azioni di terze persone: ai quali appartengono la incolpazione dell'offeso, e la denunzia dei complici, fatta dal delinquente confesso.

§. 4.

Quando si vuole esaminare il valore di queste due classi d'indizj, bisogna partir dalla massima, che quanto è più stretta la connessione di una data circostanza con un dato fatto, tanto si può con maggior fondamento e sicurezza inferire questo fatto, o l'autore di esso, da quella circostanza. Sì fatta connessione è la ragion principale, per cui una data circostanza forma un indizio, sarà dunque tanto più efficace, quanto è più stretta e più intima. Di qui proviene, che gl'indizj generali sono più deboli degli speciali; perocchè i primi non sono congiunti a dirittura col fatto, del quale si tratta: ma o sono connessi col delitto in genere, o con una intiera specie di maleficj, e non con quella data azione. Una cattiva condotta, od una mala educazione, lasciano congetturare azioni illecite di ogni specie. Alcuni indizj generali non si connettono per vero dire con tutti i delitti, ma con una intiera classe di essi: come per esempio la rea abitudine di una data maniera di azioni, la pratica sospetta con delinquenti di una data indole. Questi indizj avvicinano per verità un poco più al sospetto del fatto,

del quale si cerca, ma sono per altro sempre remoti. Fra gl'indizj speciali sono i più deboli quelli, che dipendono dalle azioni altrui. Può accadere all'uomo più innocente, che un malfattore lo dichiari suo complice, od un offeso lo denunzii come autore del fatto illecito. Simili incolpazioni non hanno gran connessione col fatto. Più forti sono quegl'indizj speciali, che consistono in azioni proprie dell'incolpato. Ed i più importanti fra questi sono quelle circostanze, che ebbero luogo nel tempo, in cui fu commesso il delitto (esempigrazia la sospetta presenza dell'incolpato sul luogo del fatto, nel momento, in cui il fatto medesimo avvenne (4)); perocchè simili circortanze si connettono assai da presso col delitto, e si può dalle medesime il più delle volte raccogliere, che l'incolpato sia il delinquente. Un poco più deboli sono gl'indizj, che si desumono da quelle circostanze od azioni, le quali precedono la commissione del fatto, o delle quali il fatto principale dee riguardarsi come sequela. La conclusione, che se ne può inferire, è un poco più remota, ed è conseguentemente più debole. Ancorchè sia provato, che taluno ha fatto degli apparecchi per l'azione delittuosa, o che l'ha minacciata; non ne seguita con certezza, nè con stringente probabilità, che l'abbia ancora eseguita. Questa esecuzione non ha, rispetto a lui, che qualche colore di verisimiglianza. Sono ancora più deboli quelle circostanze, che hanno luogo solamente dopo il fatto, o presuppongono la commissione di esso (5). Queste si possono di frequente spiegare con altri motivi: e perciò sarebbe cosa piena di pericoli il volerle interpretare contro l'incolpato, ed il volerne de-

(4) Von Globig Saggi di una teorica della verisimiglianza, parte I. p. 73.

(5) Di diversa opinione è von Globig l. c. p. 74.

Digitized by Google

sumere, che egli sia l'autore dell'illecita azione. La sua fuga esempigrazia può essere avvenuta per cause indifferenti, o per ivitar le molestie d'una criminal procedura, che gli sovrastava, sebbene ei fosse innocente: le sue contradizioni davanti al tribunale possono derivare da imperfetta memoria, o da smarrimento: il suo scolorare, il suo tremare, il suo balbettare in giudizio può nascere dall'insolito sguardo del magistrato, da timidità, da apprensione di un doloroso avvenire, che si suole così facilmente aspettare da un criminale processo. A ragione dunque il codice penale di Baviera (parte II. art. 339 e seg.) ha distinto gl'indizj in antecedenti, concomitanti, e susseguenti, comechè sieno diversi di valore e di effetto (6).

§. 5.

Gl' indizj speciali si possono ancora partire in immediati, e in mediati, secondo che consistono in una sola illazione, od in più illazioni riunite, per fondare il fatto, che si ricerca. Se vien trovato taluno sul luogo del fatto, nel momento medesimo, nel quale il fatto avveniva, se ne trae una sola conchiusione: costui è stato sorpreso nella detta guisa; dunque ha commesso il fatto, o vi ha cooperato. Ma se nel luogo suddivisato si scoprono le orme, che convengono all'incolpato, od ivi si trova una cosa, che, gli appartiene; se ne inferisce da prima, che egli fosse presente in quel luogo nel detto tempo; e poscia, che abbia commesso il fatto. Che gl' indizj immediati sieno più forti dei mediati, è proposizione, che non abbisogna di prova. Ne' primi in fatti è pienamente di-

(6) Una simile partizione degl'indizj si trova in Mittermaier l. c. p. 409 e seg. Si veda ancora von Globig l. c. p. 83 e seg.

mostrato il punto, da cui si vuol inferire la conclusione (esempigrazia la presenza nel luogo del delitto): nei secondi al contrario bisogna primieramente stabilire con illazioni quel punto, e quindi formare illazioni ulteriori a riguardo del fatto principale. E siccome le illazioni illusorie non sono impossibili, così vi sarà certamente tanto meno da dubitare, quanto saranno di minor numero le illazioni, che dovremo fare per giugnere al punto ricercato.

§. 6.

Considerando il punto, a cui le illazioni si riferiscono, gl'indizj si dividono in quelli del fatto, ed in quelli dell' autore di esso. Quando si discopre un cadavere con ferite, od una moneta falsata, siamo condotti a conchiudere, che sia stato commesso un omicidio, od una falsità di moneta, senza che ci si presentino la vestigie del facitore. Ma se taluno è stato in guisa sospetta sorpreso nel luogo del delitto, o viene incolpato, come delinquente, da altri, ci si presenta il modo di inferire l' autore. I secondi, valutati praticamente, sono più efficaci, perchè forniscono i materiali per procedere contro una determinata persona: il che non fanno i primi. Ma se taluno è già inquisito, come sospetto, allora divengono di maggiore importanza i primi, come quelli che si connettono più strettamente col fatto.

Ove si prendano ad esaminare gl'indizj nel loro interno tenore, si partono in prossimi ed in remoti, secondo che contengono un grado maggiore o minore di verisimiglianza. Questa partizione è manifestamente fondata nella natura della cosa, ma è stata malamente intesa, quando certi indizj si sono sempre voluti annoverare fra i prossimi, o fra i remoti. Una tal pretensione è palesemente ingiusta; perocchè ogn'indizio può esser prossimo,

o remoto, secondo le circostanze e secondo che sia sostenuto, o no, da altre ragioni.

La distinzione degl'indizj in comuni, che sono escogitabili in tutti i delitti, ed in proprj, che possono solamente aver luogo in una data specie di maleficj, non ha pratico valore di sorta; avvegnachè i secondi altro non sieno che casi e modificazioni speciali degl'indizj comuni, come già fu notato da Feuerbach (7).

§. 7.

Volendo esaminare il valor degl'indizj, fa d'uopo aver riguardo I) alla qualità della circostanza, che forma l'indizio; II) alla connessione dell'indizio col fatto principale, che si ricerca; III) alla qualità della conclusione, che s'inferisce dall'indizio; IV) alla congiunzione degl'indizj fra loro.

I. La circostanza, che forma l'indizio od è fisica e sensibile, o morale (prendendo l'attributo *morale* in senso contrapposto all'attributo *fisico*). Che una circostanza sensibile constituisca un indizio più forte di una circostanza morale, è stato già osservato da altri (8). La prima in fatti si può dimostrare incomparabilmente meglio della seconda, e la natnra fisica riposa su basi di gran lunga più ferme, che l'ordine morale delle cose. E non occorre ulteriormente provare, che nna circonstanza debb'essere compiutamente dimostrata, affinchè constituisca un indizio. Or se noi prendiamo, come indizio, il motivo dell'inimicizia, non sarà esso difficilissimo a dimostrarsi? Una inimicizia non si può altrimenti stabilire, che mediante le manifestazioni delle persone, e la loro vicendevole condotta. Ma rispetto a tali mani-

(7) Elem. di com. dir. crim. germ. §. 537 in nota.
(8) *Von Globig* l. c. p. 61, 62.

festazioni è sempre incerto, se furono fatte con riflessione, o per transitoria effervescenza, e se provennero da seria intenzione. Di più la cosa dipende dal determinare, se l'inimicizia era grave o lieve, se durevole o passeggiera: il che, nella mutabilità dei sentimenti e delle relazioni degli uomini, è cosa di gran momento. Se dunque si volesse sicuramente conchiudere, che l'incolpato ha ucciso per inimicizia un uomo, bisognerebbe stabilire, che quegli con le sue manifestazioni ed azioni ha dato a conoscere un odio perseverante e grave contro l'ucciso, e che sì fatta passione è continuata anche nell'ultimo tempo, che ha preceduto l'omicidio.

La circostanza, onde si desume l'indizio, può esser semplice, e composta. Se s'incontra in guisa sospetta un uomo sul luogo, in cui fu commesso un delitto, la circostanza è semplice. Ma se nel luogo dell'avvenuto omicidio è trovato quell'uomo, non solamente in guisa sospetta, ma ancora con armi e vesti sanguinose; se egli ha tolto delle cose all'ucciso; la circostanza è composta. Come questa sia di gran lunga più importante di quella, è chiaro di per sè, avvegnachè somministri il modo d'inferire una conclusione assai più forte ed efficace.

Finalmente la circostanza, che fornisce l'indizio, può esser mediata od immediata; può consistere in un'azione propria dell'incolpato, od in azioni di terzi. A questo riguardo si è già notato di sopra, che una circostanza immediata, o che consista in un'azione propria dell'incolpato, è più importante d'una circostanza mediata, o che consista in azioni di terze persone.

§. 8.

II. Il punto capitale, onde qui tutto dipende, è la connessione della circostanza, o dell'indizio, col fatto

principale, che si ricerca. Questa connessione dee trovar la sua base nella natura della cosa, ed esser giustificata dall'analogia e dall'aspettazione di casi simili per modo, che da una tàl circostanza si possa inferire l'azion principale, perchè l'una si concatena con l'altra, come causa, od effetto, o mezzo, o contrassegno. Di più la circostanza non deve ammettere un'altra buona spiegazione, affinchè dalla sua esistenza si possa desumere, che è stata commessa una data azione. Quanto è dunque più stretto il legame della circostanza con l'azione, tanto è più efficace l'indizio. Sì fatta connessione della circostanza con l'azione può esser necessaria, consueta, e meramente casuale. Nel primo caso nascerà una conclusione necessaria, capace di produrre il pieno convincimento. Postochè si trovi un uomo ucciso, che abbia sulla persona delle ferite, che non potè assolutamente farsi da sè, vuolsi necessariamente ammettere, che fu messo a morte da un altro. Se il collegamento è semplicemente consueto, ne nascerà una verisimiglianza maggiore o minore, secondo che il medesimo è più o meno solito. Una connessione meramente casuale non può di per sè produrre che una remota verisimiglianza. Per queste ragioni è stato già notato di sopra, che gl'indizj generali sono meno efficaci degli speciali, perchè i primi stanno in una lontana connessione col fatto, che si vuol discoprire, e perchè, ammettendo spiegazioni ed illazioni diverse, rendono incerta e vacillante la conclusione dell'atto principale. Perciò gl'indizi generali, anzichè per sè stanti, vogliono considerarsi come confermativi degli speciali. Per gli stessi motivi le circostanze contemporanee del fatto sono più forti delle precedenti e delle susseguenti; perchè nelle prime la connessione con l'atto principale è incomparabilmente più intima, che nelle altre.

Digitized by Google

§. 9.

III. E questa connessione dell'indizio col fatto principale c'instruisce appunto della qualità della conclusione, che se ne può formare. Quanto la connessione è più intima, tanto è più stringente è più forte la illazione, che ne nasce. La quale inoltre è di molto maggiore importanza quando si lega immediatamente col fatto principale, che quando lo riguarda in una guisa meramente mediata. Se nel luogo del commesso delitto ritroviamo una cosa, di cui conosciamo il padrone, siamo obbligati a formare diverse illazioni prima di giugnere al fatto principale. Siamo in fatti obbligati a ragionare così: questa cosa appartiene a quell' uomo, e secondo tutte le apparenze fu perduta nel tempo dell'azione; quell' uomo dunque si trovò allora presente in quel luogo; egli dunque ha commesso il fatto, o vi ha cooperato. Da questa circostanza non ricaviamo che un'illazione mediata. Ma se sorprendiamo taluno in guisa sospetta sul luogo del fatto nel tempo che questo è commesso; la presenza di quell' individuo è certa, e non abbiamo bisogno di stabilirla con una illazione. Allora possiamo a dirittura inferire la commissione del fatto. Inoltre tutto dipende dal determinare, se la conclusione, che s'inferisce dall'indizio conduce solamente all' azione principale che si dee dimostrare, o se può adattarsi ancora ad altri fatti. Quanto sono più numerose le illazioni, che sorgono da un indizio, quanto più convengono così bene all' azion principale, come ad altri fatti, tanto è minore l'efficacia di esso: la quale al contrario è tanto maggiore, se l'indizio non è suscettivo di altra illazione, che di quella che si connette con l'azion principale. Perciò la terza esempigrazia è un debole indizio; perchè la conclusion, che ne nasce, è spesso applicabile tanto ad altre circostanze, quanto al fatto, che si vuol discoprire.

IV. Finalmente la congiunzione degl' indizj fra loro è un punto capitale nella estimazione del loro valore. Un indizio solo non è di grande importanza: si richiedono più indizj per attribuire a questa specie di prova una rilevante efficacia. Allora benst fa d' uopo considerare, se sieno concatenati fra loro, o se ciascheduno rimanga isolato dagli altri. È evidente di per sè, che nel primo caso possiedono maggior forza, che nel secondo; perocchè la loro concatenazione aumenta l' efficacia d' ogni indizio, e li dispone tutti in un armonico insieme. In questo rispetto von Globig (9) ha ragionevolmente partito gl' indizj in semplici ed armonici, e stabilito utili regole per la loro estimazione. Ma appunto perchè gl' indizj acquistano una forza singolare dalla loro armonia, essi viceversa rimangono più o meno indeboliti, quando si trovano scambievolmente in contrasto. Gl' indizj contrastanti si elidono affatto, quando sono di forza e di numero eguale; e si affievoliscono, quando il loro numero e la loro forza è differente nel qual proposito sono state già stabilite regole determinate da altri (10).

§. 10.

I quattro punti capitali, dichiarati di sopra, ci conducono ad assegnare i mezzi, per discoprire gl' indizj, o seguitarli più oltre. Figuriamoci il caso, che il giudice venga a risapere dalla pubblica fama un fatto punibile, e non abbia ancora traccie determinate nè dell' azione, nè dell' agente: come dovrà regolarsi per acquistar de-

(9) l. c. parte I. pag. 63 e seg.

(10) Von Globig l. c. p. 77 e seg. — Mittermaier l. c. p. 427 e seg. — J. H. Boehmer *de collisione probationum*, Halae 1738.

gl' indizj? Il meglio sarà, che egli cerchi primieramente di discoprire il fatto, e poscia il facitore. Rispetto al fatto, la prima cura del giudice consisterà nell' indagare ed esaminare la natura e la qualità dell' azione in generale, e le circostanze, che sogliono comparire con essa, come cause, effetti, mezzi, o contrassegni. Quindi il giudice procede più oltre, e mediante le prove ordinarie cerca di scoprire quelle circostanze, che possono servire d' indizj. Ciò si fa intieramente nella medesima guisa, che si pratica generalmente nelle inquisizioni. Esempigrazia il giudice intende dalla pubblica voce, che in una casa è stato commesso un furto, senza che se ne assegnino più precise circostanze. Allora il giudice interrogherà prima di tutto gli abitatori di quella casa, per sapere, se la voce sia vera. Pognamo che sì, dirigerà a quegli abitatori tali domande, che li conducano ad accennare le circostanze, che sogliono presentarsi come indizj del furto, e, se l' indole del fatto lo ammette, intraprenderà sul luogo del delitto l' inspezione oculare, per assicurare le traccie, che vi sono rimaste. — Se si tratta di scoprire un omicidio, in primo luogo si dovrà ricercare, se ancor viva l' uomo, che vien dato come ucciso: e se egli è veramente morto, il giudice passa ad indagare la specie della sua morte, interrogando il medico, che lo curò, e le persone, che lo assisterono nella sua ultima malattia, o che usarono intrinsecamente con lui. Se si scoprono traccie di morte violenta, si deviene incontanente all' autopsia ed alla necrotomia, per convincersi meglio della causa, che estinse la vita. — Nel caso d' un infanticidio, il giudice deve instituire le ricerche seguenti: se in quella contrada si è trovata incinta una donna nubile: se la sua gravidanza perdura ancora: e, quando si mostri, che la detta donna si è sgravata, in qual tempo può essere accaduto il suo parto: in quali circostanze abbia ella

partorito: che sia avvenuto della prole, che essa diede alla luce. Sarà possibile al giudice in tutti i delitti di scoprire indizj, purchè egli esattamente conosca le circostanze, che si connettono, come cause, effetti, o contrassegni, con quella data specie di azioni. Allora egli, mediante le prove ordinarie, e secondo le solite regole della inquisizione, può facilmente investigare, se nel caso si presentino, o no, quelle date circostanze.

Se poi il fatto è già stabilito, ma ancora non si possiedono traccie del facitore, il giudice deve investigare, se vi sieno circostanze, che indirizzino il sospetto contro una data persona, in quanto questa abbia fatto dei preparativi di azioni di tale specie, o sia stata scoperta in guisa sospettosa nel luogo del delitto. Quando non si possano ritrovare simili traccie speciali, il giudice dee ricorrere agl' indizj generali, ed investigare chi possa aver avuto un particolare motivo, o un particolare interesse di commettere questo fatto, od a chi se ne sia offerta la migliore occasione, o chi è già diffamato in simil genere di azioni, onde inspira il sospetto di avere eseguito anche questa. In somma il giudice dee nel caso respettivo indagare, se esistano *indicia auctoris*, e quali sieno possibili o verisimili: e, se giugne a discoprirne le traccie, può facilmente proseguirne la ricerca nel solito modo.

§. 11.

Ciò presupposto, io discendo ad esaminare, qual effetto producano in generale gl' indizj; se essi cioè possano somministrare una base alla sola verisimiglianza, od anche alla certezza, e perciò ad una sentenza condennatoria. Che gl'indizj possano produrre la verisimiglianza, ora maggiore, ora minore, è confessato da tutti. In questo rispetto gl' indizj esercitano diversa influenza sulle

criminali inquisizioni, e sulle varie parti di esse. Le regole quasi generalmente ammesse in simil proposito, sono state già esposte da diversi giureconsulti (11). Ma quando l'inquisizione è già chiusa, e non si è raccolta altra prova, che la indiziaria, sorge la quistione, se per mezzo di soli indizj nasca la certezza per modo, che si possa appoggiar sui medesimi una condanna penale. Anzi tutto sarebbe necessario correggere alcuni errori, che dominano nella presente dottrina. Si è mosso sovente da una nozione inesatta del vocabolo *indicium*, pigliandolo come equivalente di argumento, di sospetto, di congettura. Ma è stato già mostrato da altri (12), che fra gl'indizj e le congetture intercede una gran differenza. Il vocabolo *indicium* significa propriamente una traccia, un segnale, o un carattere (13). Spesse volte le leggi romane lo prendono come equivalente di *argumentum*, cioè del risultato dei contrassegni o caratteri: (14) spesse volte le medesime leggi si servono della parola *indicium* nel senso di specie, o mezzo di prova (15). Se gl'indizj si prendono a considerare dal punto di vista, che vien presentato dalla natura della cosa, o dal diritto positivo, fa d'uopo affermare, che da essi può nascere la certezza ed il convincimento.

(11) Mittermaier l. c. p. 130 e seg.

(12) Von Giobig i. c. parte II. p. 40 e seg. Mittermaier l. c. p. 403.

(13) C. W. Wehrn lo ha provato coi classici latini, e con le leggi romane, ricercando *se sia razionale e legale il punire sulla base d'indizj e di congetture*. Lipsia 1799 p. 16—17.

(14) L. 1. §. 1. 4. L. 18. §. 2. D. L. 8. Cod. *de quaestionibus*. L. 5. §. 6. D. *de re militari*. L. 1. Cod. *de testibus*.

(15) L. 20. 21. Cod. *de probationibus*. L. 15. Cod. *de jure dotium*. L. 10. Cod. *Arbitrium tutelae*. L. 19. Cod. *de rei vindicatione*. L. 30. Cod. *de evictionibus*.

I. Quando indaghiamo una cosa, e ci vogliamo convincere, che essa sia di una data maniera, esaminiamo i suoi caratteri e contrassegni, ed arriviamo alla certezza, allorchè discopriamo, che possiede quelli, che appartengono a quel genere determinato di cose. Lo stesso accade nelle inquisizioni criminali. Se abbiamo d' innanzi a noi più contrassegni e caratteri, che si connettono col fatto, che si dee ricercare, o con l' autore di esso, la loro esistenza ci può agevolmente convincere, che il fatto sussiste, o che lo ha commesso un dato individuo, perchè osserviamo, che nel caso contrario i medesimi non sarebbero, o non potrebbero essere. La connessione di alcune circostanze col fatto, o col suo autore, ci conduce necessariamente da quelle, che teniamo per certe, a concluderne altre, che sinora ci rimasero ignote. Questa illazione ci può convincere, quando è fondata nell' ordine necessario o consueto delle cose. E tale convincimento nasce precisamente in quel medesimo modo, in cui sorge così di sovente nella vita umana, quando dai contrassegni o caratteri di una cosa deduciamo, o possiamo dedurre la sua esistenza, o la sua qualità.

§. 12.

II. La maggior parte degl' indizj sono fisiche e sensibili circostanze. Si appoggiano dunque sull' evidenza sensibile; onde conseguita, che il fatto può esser dimostrato da essi con evidenza sensibile, la quale vien data come l'unica fonte della certezza. Si obietta in contrario, che gl' indizj non provano immediatamente il fatto, ma forniscono solamente illazioni, che ne debbono stabilire la prova. Ciò non ostante per altro il fatto è mediatamente dimostrato per via d' indizj con evidenza sensibile; avvegnachè quelli riposino su di questa, e dai me-

desimi si deducano illazioni del fatto, o del suo autore. La mediata evidenza sensibile non solamente è di per sè sufficiente a procurar la certezza, ma da per tutto è riconosciuta capace di questo effetto, e di servire di base a condanne penali in ogni tribunale. La più gran parte dei mezzi probatorj null'altro forniscono al giudice, che una mediata evidenza sensibile: e ciò accade ancora nella confessione, e nelle deposizioni testimoniali. È forse escluso di più il dubbio del contrario, quando il giudice ottiene l'evidenza sensibile dalla confessione dell' incolpato, o dalle dichiarazioni de'testimoni, che quando inferisce conclusioni da certe fisiche circostanze, e si procura la stessa evidenza mediata? Se il giudice è convinto, che le sue conclusioni son giuste, e che tali debbono essere secondo il corso consueto delle cose; ne nascerà senz'altro tutta quella certezza, che è dato di conseguire nella vita umana. Il giudice può certamente sbagliare nel trarre le sue conclusioni: ma ancora in que' mezzi di prova, che si riguardano come pienamente efficaci, può essere indotto in errore; che il confitente, o i testimoni possono anche a bella posta ingannarlo. Da ciò seguita solamente, che nella prova indiziaria fa d' uopo di una somma cautela: alla necessità della quale niuno si vorrà contrapporre.

§. 13.

II. Tutti gl' indizj conducono ad illazioni, dalle illazioni si formano le dimostrazioni, e queste certamente producono il convincimento; perchè, siccome osserva a ragione Stübel (16), i fondamenti, che sono giudi-

(16) Il criminale procedimento nei tribunali germanici, tom. II. §. 975.

cati sufficienti dal logico, debbono riconoscersi per tali anche dal giudice criminale. Io non so, come si possa asserire, esempigrazia con Kramer (17), che ogni risultato, cui la facultà di giudicare desuma, tanto per via di compiuta induzione, quanto secondo l' analogia, non possa essere che imperfetto. Quando la conclusione dipende da una giusta presupposizione, cioè da una circostanza di fatto dimostrata, ed è conforme alle regole della logica, non si vede il perchè non debba guidare ad una dimostrazione. Per affermare il contrario, farebbe di mestieri sovvertire tutti i dettami della logica. Nè a ciò si oppone il possibile, che nelle illazioni intervenga l' errore, onde si richieda una facultà di giudicare specialmente esercitata, affinchè l' argumentare non sia vacillante ed incerto. L' inganno è certamente possibile: ma non per questo è dato distruggere i principj piantati di sopra, nè dichiarare incapace di essere ammesso o applicato tutto ciò, di cui si possa abusare. Se per questo riguardo si volesse negare alle conclusioni la virtù di convincere, bisognerebbe privarci di una delle più feconde sorgenti della certezza; avvegnachè nella vita umana sia frequentissimo l' uso delle conclusioni. Quando il giudice è versato (e ciò si può a buona ragione pretendere da ogni uomo instruito) nelle regole della logica, e le applica rettamente, è raro, che possa frammischiarsi l' abuso nell' inferir conclusioni. Fa d' uopo ancora riflettere, che d' ordinario nelle cause criminali non decide un giudice solo, ma un intiero collegio di giudici. È dunque da sospettar tanto meno, che sia commesso un errore nel concatenare e valutare le conclusioni.

IV. Ancorchè la congiunzione degl'indizj con l'azion

(17) Saggio di una esposizione sistematica del diritto penale, §. 364.

principale, che si vuol dimostrare, dipenda dall'esperienza non lice per questo asserire, che dai medesimi non possa nascere convincimento di sorta. Io non posso ammettere con altri scrittori, che le cognizioni dell'esperienza sieno grandemente incerte, e che la medesima non abbia virtù d'imporre alcuna necessità al nostro giudizio. Quando una frequente esperienza c'insegna, che certe circostanze positive si connettono d'ordinario, o sempre, con una data azione; perchè non ci dovremmo convincere dell'esistenza di un fatto determinato, quando è dimostrata quella delle circostanze, che vanno congiunte con esso? Questo convincimento si appoggierebbe in tal caso all'ordine consueto delle cose, al quale siamo autorizzati a tener dietro nella vita umana. Un'esperienza comprovata dalla frequenza de' casi ci conduce finalmente all'analogia, ovvero all'aspettazione di casi simili, alla quale non si può negare l'efficacia di convincere (18).

§. 14.

V. Si danno indubitatamente degl'indizj, i quali col fatto, che si vuol dimostrare, o con l'autore di esso, hanno una connessione così necessaria, che debbono senza controversia produrre la certezza, e il convincimento. S'immagini il caso seguente d'infanticidio. È pienamente provato, che la madre nel tempo, in cui si sgravò, era sola in casa: il bambino è trovato morto su-

(18) Stübel (dell'essenza di fatto dei delitti, dei loro autori ec. §. 252) ammette, che la esperienza e le prove *a posteriori* possano eminentemente produrre la certezza istorica. Ma questo grado di certezza è sufficiente alle condanne penali; avvegnachè ancora le deposizioni testimoniali non ci possano fornire altra certezza, che l'istorica.

Digitized by Google

bito dopo il parto: i periti dell'arte decidono, che egli è nato vivo, ed ha vissuto dopo la nascita: si trovano sul cadaverino tali lesioni mortali, che non potevano assolutamente esser fatte, che dalla mano dell'uomo; perchè ha per esempio una coltellata nel cuore, o gli è stata tagliata la testa. Chi dubiterà in questo caso, che la madre non sia l'autrice di quelle lesioni del suo figlio? — Quando il marito è stato assente più anni, ed al suo ritorno trova la moglie incinta, o puerpera, non può dubitarsi; che ella non abbia commesso adulterio. — Ove si prendano in esame simili casi, ai quali se ne potrebbero aggiugnere agevolmente degli altri, non si sa concepire, come Stübel (19) possa dubitare, che nella prova criminale indiziaria non si presenti mai una general connessione causale necessaria fra il mezzo probatorio e l'oggetto di esso. — Sebbene per altro la connession degl'indizj col fatto principale non sia necessaria ma consueta, nè può sorgere niente di meno il convincimento. Allorchè questa connessione delle circostanze con l'azion principale è sì fatta, che a tenore del consueto andamento delle cose umane si può ammettere che un dato uomo abbia commesso un determinato delitto, il giudice è pienamente autorizzato ad attenersi a quel consueto andamento, e quindi a dedurre il proprio convincimento dalla detta connessione. Quando il giudice procede così, non si allontana dal suo modo di operare nella maggior parte delle altre specie di prova. Se egli per esempio assume a fondamento della sua decisione, una confessione, che in sè medesima è degna di fede, si appoggia al consueto andamento delle cose, a tenore del quale non si può supporre, che uno falsamente confessi a proprio danno, e voglia trarsi addosso una pena non meri-

(19) l. c §. 252.

tata. Se il giudice pronunzia una sentenza sulla fede delle testimonianze; ciò avviene, perchè è contrario all' andamento delle cose umane, che testimoni, i quali non soggiacciono alla menoma eccezione, depongano il falso.

§. 15.

VI. Gl'indizj possono produrre una prova piena anche secondo la legislazion positiva. La Constituzione Carolina riconosce, come indizio, la deposizione di un sol testimone idoneo, ed in ciò concorda con la maggior parte delle legislazioni criminali: mentre la stessa constituzione e tutti i codici criminali in generale dichiarano, che concorre una prova piena, quando due testimoni idonei convengono fra di loro nel fatto principale. Or se queste due regole si esprimono con altre parole, vengono a dire, che quando ad un testimone idoneo (ad un indizio) si aggiugne un secondo testimone della stessa specie (un secondo indizio), deve ammettersi l' esistenza della prova piena, la quale è quindi prodotta da due indizj. Perciò io sono con altri giureconsulti (20) convinto, che dagl' indizj possa nascere la certezza, e conseguentemente la prova piena. La maggior parte dei dottori, che negano questa virtù agl' indizj, o partono dall' idea, rifiutata di sopra, che indizj e congetture sieno una sola e medesima cosa, o considerano gl' indizj troppo isolatamente, senza pensare, che più di essi e tutti stringenti possono talora con-

(20) Tittmann Compendio di diritto penale, parte IV. §. 830. Bauer Principj fondamentali del processo criminale §. 171. Wehrn l. c. §. 15. Eisentrart Memoria coronata §. 10. Von Grolmann Principj fondamentali della scienza del diritto criminale §. 451. Stübel dell' essenza di fatto ec. §. 272. e seg. e nel Processo crim. tom. II. §. 974. e seg.

correre in un medesimo fatto. Püttmann (21) per esempio riferisce alcuni casi d'individui innocenti, condannati sul fondamento della prova indiziaria, per mostrare così il *lubricum indiciorum*. Ma simili casi dimostrano solamente, che i tribunali si sono lasciati talora indurre troppo leggiermente a decretar la tortura o la pena, sull'appoggio d'indizj solitarj, o vaghi. Lo stesso può dirsi degl'innocenti, condannati sulla prova indiziaria, dei quali parlano le cause celebri di Pitaval, e di Richer, ed altre opere; passando ancora sotto silenzio, che la verità di questi racconti, come fu notato da Püttmann, non è sempre comprovata. Null'altro si raccoglie da ciò, se non che nel condannar sulla base degl'indizj sono possibili gli abusi: ma questo caso è comune a tutte le cose umane.

§. 16.

Quand'io di sopra ho posto il principio, che gl'indizj possono produrre il convincimento e la certezza, non ho inteso dire, che dal concorso di più indizj sia permesso a dirittura dedurre la prova piena, all'effetto di condannare. Concedo anzi assai di buon grado, che in ciò è necessaria la massima cautela; perchè nel desumere una serie di conclusioni dagl'indizj non è difficile cadere in errore, quando non si proceda con logico rigore. Ammetto anche volentieri, che non di frequente gli indizj giugneranno a fornir la certezza, e che il più delle volte nascerà dai medesimi la sola verisimiglianza. Io asserisco solamente, che dagl'indizj può sorgere anche la certezza, presupposte, a mio credere, le condizioni seguenti.

(21) *De lubrico indiciorum*. In opusculis num. 8.

I. I soli indizj *speciali, fisici, ed immediati* sono adattati a fornire la prova piena. I generali o mediati servon piuttosto a fortificare quelli della specie precedente: stanno in fatti in una connessione troppo remota col fatto principale, perchè si possa ad essi soli attribuire una particolare efficacia.

II. Fra gl' indizj speciali possono partorire la prova piena solamente i contemporanei, i quali sono i più intimamente connessi con l' azion principale. Gl' indizj precedenti e i susseguenti non hanno una così stretta connessione col fatto, che si ricerca, spesso non somministrano alcuna positiva conclusione, e, potendo ricevere una spiegazione diversa, non generano di per sè soli la prova piena.

III. Debbono combinarsi più indizj di specie diversa, e perciò trovarsi insieme indizj contemporanei con antecedenti e susseguenti. Quando vi sono più indizj di specie diversa, essi producano tanto meglio il convincimento, in quanto che da diverse vie convengono insieme le ragioni del vero, e si riuniscono in un sol punto. Questa riunione d' indizj di specie diversa convince assai più, che quando tutti appartengono alla medesima specie, nei quali è più facile ad accadere, che si traggono conclusioni mal fondate, perchè la verità non è così investigata ed illuminata per ogni parte, come nel primo caso. Quindi i principalissimi indizj divengono un fondamento veramente solido, quando sono da più parti fortificati da altri indizj di specie diversa.

IV. Questi indizj concorrenti debbono stare fra loro nella più intima connessione, per modo che l' uno dia rilievo all' altro, e tutti si accordino in un armonico insieme. Imperocchè ogni singolo indizio non solamente cresce di forza, quando è rincalzato da altri, ma inoltre il convincimento, più che dai soli indizj principalmente

proviene dalla loro concordia. Apparisce dunque di per sè, che non si può dagl'indizj dedurre la prova piena, quando stanno in contradizione fra loro, o vengono infievoliti o snervati da indizj contrarj. Quand'anche la contradizione o la contrarietà non cada, che sull' uno, o sull'altro indizio, è da credere, trattandosi di una così difficil dottrina, come la presente, che non possa ammettersi la prova piena: la quale, esigendo la massima cautela, sembra richiedere la intiera concordia di tutte le circostanze.

V. Tutti gl' indizj pigliati insieme debbono produrre un convincimento sì fatto, che, secondo il consueto andamento delle cose, non possa farsi a meno di ammettere, che un dato fatto sia stato commesso da una data persona; in guisa che non solamente non esistano ragioni a sostegno del contrario, ma questo, a tenore del corso ordinario della natura, non sia nemmeno da sospettarsi. Allora possediamo quel grado di certezza, che ci fa di mestieri per condannare nelle cause criminali. Imperocchè la certezza assoluta è nelle cose umane sommamente rara: e quando la volessimo costantemente ottenere, per applicare la pena, ogni amministrazione di giustizia verrebbe a cessare.

VI. Sebbene gl' indizj possono dimostrare, che taluno sia delinquente, per altro il fatto illecito, ond'egli è incolpato, dee stabilirsi con prove proprie e pienamente valevoli. Finchè ciò non sia avvenuto, non si può trattar di convincere il facitore per via d'indizj. Poichè sarebbe cosa piena di pericoli il voler desumere dai medesimi indizj la prova del fatto, e quella del facitore.

VII. Finalmente tutti gl' indizj debbono convenire alle relazioni personali dell' incolpato. Questi debb' essere un uomo, dal quale, come si esprime la Constituzione Carolina, uno si possa aspettare il fatto. In tal rispetto gl' indizj generali, che si deducono dalla precedente condotta,

dal tenor di vita, e da altre personali relazioni dell' incolpato, sono certamente di grande importanza, per fortificare o indebolire a suo riguardo gl' indizj determinati; perocchè dai primi si scopre, se l'uomo, del quale si tratta, possa, o no, riputarsi capace del fatto, che gli si appone. Se uno stupido viene incolpato di un fatto, che richiede una particolare astuzia, o scaltrezza, o ad un uomo estremamente debole e timido viene attribuita un'azione, che esige gran forza muscolare e straordinario ardimento; la debolezza spirituale o corporea di quell' individuo si opporrà per modo ad ogni sospetto, che questo, anche nel concorso di un gran numero d'indizj, non potrà mai convertirsi in certezza.

§. 17.

Quando concorrano tutti questi requisiti, ogni sano intelletto desumerà dalla prova indiziaria quella stessa certezza, che gli forniscono le confessioni e le deposizioni testimoniali. Figuriamo il caso seguente. È pienamente provato un omicidio, del quale non è ancora discoperto l'autore: ma stanno contro l' incolpato quest' indizj. Egli è un uomo inquieto ed accattabrighe, che si è già mischiato più volte in risse e baruffe; era fiero nemico dell' ucciso: avea da sperare uno speciale vantaggio dalla morte di lui, esempigrazia di allontanarsi un odiato rivale: avea minacciato la morte all'ucciso, o dichiarato ad altri di volerlo torre dal mondo: è stato sorpreso in guisa sospetta nel luogo dell'uccisione al tempo del fatto: alle dimensioni di un pugnale, ond' egli è riconosciuto l'ultimo possessore, corrispondono esattamente le ferite dell' ucciso: quel pugnale si trova tinto di sangue, e sanguinose del pari si trovan le vesti dell'incolpato: questi possiede alcune cose dell'ucciso: l'ucciso, prima di morire, lo ha

Digitized by Google

nominato come autore del fatto: l'incolpato si studia di cancellar le vestigie del delitto, e d'indurre in errore le investigazioni del tribunale: appena diffusa la nuova dell'uccisione, si è trafugato in modo sospetto: non ha da produrre alcun indizio per la propria innocenza: non v'ha da formar congettura contro di altra persona, che possa aver commesso un tale omicidio. Quando si presentino tutte queste circostanze, e sieno debitamente provate, la loro combinazione convincerà certamente ogni sano giudizio, che, secondo l'ordine consueto delle cose, l'incolpato sia l'uccisore (22). In simili casi, tanto a tenore del diritto, quanto a tenore della politica criminale, è giustificata una condanna, fondata sulla prova indiziaria. Siccome la tortura è stata per giustissime ragioni abolita, e le confessioni son divenute più rare, perchè gl'incolpati sanno, che il giudice non li può costringere a dichiararsi colpevoli; siccome i delitti per lo più si commettono in solitudine, onde spesso non è dato chiarirne gli autori con la prova testimonale; così dee frequentemente accadere, che il tribunale non abbia d'innanzi a sè altro che indizj. Or se a questi si volesse negar l'efficacia di generar la certezza, non potrebbero servire di base ad alcuna condanna: ma farebbe d'uopo ricorrere ad un mezzo d'assicuranza, o pronunziar l'assoluzione *ab instantia*. Poichè per altro si sono sollevate grandi obbiezioni contro i mezzi d'assicuranza, dichiarandoli pene sott'altro nome non rimarrebbe altro ragionevol partito, che l'assoluzione *ab instantia*. Alla quale può di leggieri conseguitare, che ritornino in libertà uomini pericolosissimi, e che sieno eccitati a continuar tanto più la criminosa lor via, in veggendo,

(22) Un caso importante di convincimento per via d'indizj, corredato di giudiziose osservazioni, si trova nei *casi criminali notevoli* di Pfister, parte I, num. 4. pag. 114 e seg.

che al tribunale torna difficilissimo chiarirli delinquenti, solo che nieghino con pertinacia. E specialmente i più sagaci verranno in questa disposizione, sapendo benissimo come regolarsi per uscir d'intrigo impuniti. Di che quanto soffrirebbe la pubblica sicurezza, è patente senza bisogno di prova. Imperocchè tutti i mezzi d'assicuranza, e tutti i provvedimenti di polizia, che possono andar congiunti con l'assoluzione *ab instantia*, sono insufficienti a distornare dai maleficj gli uomini risoluti ed accorti. Se non che si andrebbe tropp' oltre, se si volesse da tutto questo concludere, che sul fondamento degl'indizj si debba a dirittura punire. Ciò non dee accadere con pregiudizio della giustizia. Che se da un lato si promuoverebbe con tali pene la pubblica sicurezza, si farebbe dall'altro un gran torto a coloro, che fossero condannati sulla fede d' indizj, incapaci a produrre la piena certezza. Gl'infelici così colpiti servirebbero allora di mezzo arbitrario al fine, contro tutti i diritti dell'umanità. Da tutto questo risulta, che il diritto e la politica criminale debbono concordemente stabilire, che sia decretata la pena sul fondamento degl'indizj, quando nasca da essi la certezza e il convincimento. Allora la sicurezza del dritto, che si aspetta dalla potestà di punire avrà una base più salda, la criminale giustizia sosterrà con vigore la propria dignità, e, mostrando ai veri delinquenti, che la sola negativa non basta per sottrarsi al castigo, li renderà meno difficili a confessare.

§. 18.

Ho accennato in un altro luogo (23), che il diritto romano permette di condannare sul fondamanto della prova

(23) Trattati intorno al diritto ed al processo criminale, tratt. 1. §. 5. Mittermaier l. c. p. 436. Stübel dell'essenza di fatto ec. §. 451.

indiziaria, quando si abbiano *indicia evidentia, ad probationem indubitata, et luce clariora* (24). Al contrario la Constituzione Carolina art. 22. ordinò, che sulla fede di soli indizj non si potesse decretare alcuna pena criminale (25). Fintantochè durò l' uso della tortura, questa limitazione non si fece sentire nella pratica, perchè quando l'incolpato era solamente indiziato si poneva al tormento. Ma poichè la tortura sparì a poco a poco dall'uso, nacquero gravi difficoltà intorno al modo di regolarsi, quando non si avesse altra prova, che la indiziaria. Allora i dottori ed i pratici oscillarono fra la pena straordinaria, i provvedimenti d'assicuranza, e l'assoluzione *ab instantia* (26). Ma questa oscillazione generò molto naturalmente una diversità di sentenze, per la quale non solamente sofferse la dignità e la fermezza della criminale giustizia, ma ancora la pubblica sicurezza fu ferita dalle assoluzioni *ab instantia*, o l'innocenza non fu salva dalle pene straordinarie, applicate con deplorabile precipitanza. Questo stato di cose fece nascere il desiderio di precise disposizioni legali. Si conobbe, che il precetto della Carolina non conveniva più al punto, in cui si trovava oggidì l'amministrazione della criminale giustizia (27). Perciò nuovi codici si ravvicinarono alla natura della cosa, ed al diritto romano, e determinarono, potersi fondar sugl'indizj una prova giuridica, e per conseguenza ancora una condanna. Questo è specialmente accaduto nel codice penale dell'Impero Austriaco, e del Regno di Baviera.

(24) L. ult. Cod. *de probat.* L. 34. Cod. *ad L. Jul. de adulter.*

(25) D' altra opinione è von Grolman nella biblioteca per la scienza del diritto criminale, fasc. 1. p. 167 e seg., e nei principj fondamentali della scienza criminale §. 454.

(26) Le ragioni pro, e contro la prova straordinaria, ed i mezzi d' assicuranza, sono state egregiamente raccolte da Mittermaier l. c. p. 457 e seg.

(27) Stübel l. c. §. 274.

§. 19.

Il codice (28) austriaco richiede a ragione, come condizioni della prova indiziaria, 1) che l'esistenza del fatto sia pienamente provata, 2) che la connessione delle circostanze dimostrate faccia vedere una relazione così chiara del fatto con l'incolpato, che secondo il corso naturale ed ordinario delle cose umane non si possa concepire, che un individuo diverso si sia ritrovato in una così stretta congiuntura col delitto. Ma la legge fa, per quanto sembra, una distinzione nonintieramente opportuna, fra i delitti, che producon la morte e la lesione corporale, e gli altri maleficj. Al convincimento dei primi richiede, che l'incolpato nutrisse una violenta passione contro l'ucciso, o l'offeso; che lo minacciasse di morte, o gliela desiderasse per qualunque motivo di proprio interesse; e che inoltre questi due indizj, dei quali la legge configura otto modi, colpiscano l'incolpato, e sieno giuridicamente provati. Al convincimento degli altri delitti è richiesto, che l'incolpato sia un uomo, dal quale uno si possa aspettare il fatto, e che contro di lui sieno provate almeno due delle circostanze, onde sono configurati nel codice altri otto casi. Ed in amendue le classi di delitti è sufficiente anche un indizio speciale, connesso con indizj precedenti o generali, quando è scoperta falsa la risposta dell'incolpato.

La partizion dei delitti nelle due classi accennate non mi sembra oppurtuna; perchè non si può intendere, come dalla specie del delitto possa derivare, che gl'indizj producano, o non producano la certezza; e perchè non vi è sufficiente ragione, per determinare, che il convincimento debba essere più difficile nella prima classe, che nella seconda. In

(28) Stübel l. c. §. 412.

quella due indizj speciali precedenti debbono esser congiunti con altri due indizj speciali: in questa è riputata sufficiente la congiunzione di due indizj speciali con uno generale. Eppure nella seconda classe si trovano diversi delitti, che sono di gran lunga più gravi, o tali possono facilmente divenire per le circostanze, di quel che non sia la lesione corporale, nominata nella prima classe. In generale mi sembra, che questo codice ricerchi pel convincimento un numero troppo piccolo d'indizj, attribuendo un simile effetto a tre, od a quattro al più dei medesimi. Sì piccol numero d'indizj si può presentare ancora contro un innocente; onde non può fornire il fermo convincimento, che, secondo il corso ordinario delle cose, l'incolpato sia il delinquente. Eppure la legge nel principio del §. 412 riconosce questa condizione come indispensabile. Oltracciò è cosa fallace, che la legge costringa il giudice agl' indizj espressamente nominati; imperocchè, riguardando alla loro moltitudine innumerevole, si vede, non esser possibile determinarne tutti i casi. Di più fra gl' indizj contemporanei, espressamente nominati, se ne trovano mescolati alcuni antecedenti e susseguenti: e loro si attribuisce un'eguale efficacia, ancorchè, in grazia del loro interno tenore, possiedano una virtù grandemente diversa. Essendosi così attribuita agl'indizj antecedenti e susseguenti la stessa efficacia dei contemporanei, riman confermato quanto abbiamo asserito di sopra, che questo codice richiede troppo pochi indizj pel convincimento. E nasce un pericolo anche maggiore dall'ordine di considerare come sufficiente un solo indizio speciale, congiunto con uno generale, o con due precedenti, quando è scoperta falsa la risposta dell'incolpato.

L'ordinanza criminale prussiana del 1806 affida al prudente arbitrio del giudice il dedurre dagl'indizj, se il delitto sia stato commesso per dolo, o per negligenza, secondo la qual distinzione deve poi adeguarsi la pena. Per altro questa

legge determina con regole generali, che un grado molto elevato di verisimiglianza nasce dal concorso di più indizj, che concordino fra di loro, e sieno sostenuti dal malvagio carattere dell' incolpato. In tal caso deve applicarsi la pena straordinaria, che consiste nella multa, o nel lavoro penale a tempo (29). Per quanto questa ordinanza criminale contenga molte buone cose, la dottrina per altro degl'indizj non vi è stata compiutamente trattata, ed all' arbitrio del giudice è stata rilasciata una soverchia latitudine, specialmente pericolosa nella presente materia. Di più la legge permette di decretare sul fondamento degl'indizj la sola pena straordinaria. Ma se gl'indizj forniscono il convincimento, perchè non dovrebbe aver luogo la pena ordinaria? Che se si niega agl'indizj la virtù di convincere, non può applicarsi neppure la pena straordinaria, perchè sulla base della semplice verisimiglianza non è permesso punire.

§. 20.

Assai più giusta e precisa è in questo rispetto la disposizione del codice penale di Baviera (30): a tenore del quale la prova indiziaria dee generar la certezza, 1) quando più indizj contemporanei, congiunti con altri antecedenti e susseguenti, e tutti ad uno ad uno pienamente provati, concorrono sulla stessa persona; 2) quando stanno fra loro in una tal connessione, che questa concordia, secondo il corso ordinario delle cose, non può esser ragionevolmente spiegata, che dalla commission del delitto; 3) quando i medesimi non sono in contradizione con altre circostanze dimostrate del fatto; 4) quando l'inquisito non abbia a suo pro valevoli indizj d'innocenza; e 5) quando non si presen-

(29) Stübel l. c. § 402—408.
(30) Parte II art. 328 330.

tino circostanze di sorta, le quali facciano congetturare, che il fatto sia stato commesso da un'altra persona. Sotto queste condizioni possono decretarsi tutte le pene, eccetto quella di morte. In questa disposizione s'incontrano tutte quante le condizioni, sotto le quali si è detto di sopra, che può nascere dagl'indizj la certezza, ed il convincimento. Entro sì fatti limiti legali non è da temere, secondo il corso consueto delle cose umane, che rimanga esposta a pericoli l'innocenza; perchè non è escogitabile, che tutte queste circostanze si possano combinare sopra un capo incolpevole. E perchè tutte queste circostanze sieno deligentemente esaminate, quel codice penale ha ordinato, che le sentenze criminali non si pronunzino che da tribunali collegiali, affinchè la decisione non dipenda dall'arbitrio di un giudice solo, ma dalla matura riflessione di più. Si rileva ancora da altre disposizioni precedenti del codice, che nell'art. 328 si parla solamente d'indizj speciali ed importanti; perchè non sono addotti ad esempio che questi negli articoli 310—312, e nell'art. 315; e perchè l'articolo 313 ordina, che tutti gl'indizj, che non sono immediatamente connessi col delitto, di cui si ricerca, del pari che tutte le circostanze indeterminate e vacillanti, non producono di per sè alcun sospetto giuridico, ma servono solamente a fortificare il sospetto di già fondato, o a guidare il giudice a fondarlo. Inoltre dallo spirito e dalle parole delle citate disposizioni si può con ragione dedurre, che la legge ammette il pieno convincimento dell' incolpato, solamente allorchè il fatto, del quale si tratta, è dimostrato da altre prove plenamente valevoli.

FINE DEL TOMO II.

A01 1468875

Digitized by Google

N. B. L'editore, mentre ricorda ai lettori, che a sentimento del celebre ALDO MANUZIO il libro più scevro di sbagli tipografici è quello, che ha l'*errata-corrige* più lungo, promette di mandare alla luce più emendati del presente i due tomi successivi, alla cui correzione sorveglierà per intiero da sè medesimo il traduttore di questi scritti germanici.

			ERRATA.	CORRIGE.
Pag.	19	v. 27	inpulso	impulso
	30	» 14	nella teorica	della teorica
	»	» 19	sull'infanticidio	nell' infanticidio
	48	nota 14	Veiske	Weiske
	64	v. 3	mostrata	mostrato
	»	» 24	combatterla	combattuta
	158	» 34	tradimente	tradimento
	183	» 1	Onorio giu	Onorio
	186	» 11	*respuplica*	*respublica*
	»	» 22	soldali	soldati
	191	» 26	*rempublica*	*rempublicam*
	205	» 4	comulata	cumulata
	230	» 3	Basilia	Basilea
	»	» 13	Basilia	Basilea
	244	» 25	qualche conseguenza	qualche inconseguenza
	250	» 29	Se tanto meno	E tanto meno
	253	» 5	*fama naturae congruente*	*forma naturae congruente*
	256	» 21	perchè abbia	purchè abbia
	257	» 12	Imperocchè ad un	Imperocchè od un
	265	» 4	della circostanza	dalla circostanza
	268	» 10	ad instituirsi	ad instituir
	270	» 25	contrasegni	contrassegni
	271	» 16	non è data	non è dato
	272	» 4	dichiarono	dichiarano
	»	» 5	galleggio	galleggiamento
	274	» 25	e si ammette	e si ammetta
	286	» 27	pei casi	dei casi
	288	» 4	sul medesimo tempo	nel medesimo tempo
	»	» 16	e l'azione	l'azione
	289	» 16	strettura	struttura
	290	» 4	espulsi	furono espulsi
	291	» 4	dell' utero	dall' utero

Pag. 295	v.	8	domade	domande
»	»	24	presenta	si presenta
297	»	2	di lividure	le lividure
299	»	8	fondato, sopra	fondato sopra
300	»	25	che richiedessero	richiedessero
»	»	27	si propongano	si propongono
302	»	26	per quello	pur quello
305	»	25	La commissione o l' omissione	L' omissione
313	»	2	fra delitti	fra' delitti
316	»	24	computando	confutando
318	»	16	consiste	consistè
319	»	15	*exceptis veritatis*	*exceptio veritatis*
321	»	2	e perchè	e purchè
329	»	24	furtante	furfante
336	»	17	non era il querelato	non era al querelato
»	»	25	la prova	le prova
338	»	25	è non rispetta	a non rispetta
342	»	10	può ritrovare.	può ritrovare
346	»	12	determinare od	determinara ad
347	nota	28	di D e m o n e	di D e m m e
354	v.	6	porvare	provare
»	»	15	è non come	e non come
361	»	18	un indizio,	un indizio:
362	»	13	circortanze	circostanze
363	»	3	ivitar	evitar
364	»	14	la vestigia	le vestigia
366	»	2	a se provennero	o se provennero
367	»	12	e meramente	o meramente
368	»	30	la terza	la fuga
369	»	19	è differente	è differente:
377	»	10	dubitarsi; che	dubitarsi, che
378	nota	20	E i a e n t r a t	E i s a n h a r t
380	v.	18	producano	producono
»	»	23	traggono	traggano
381	»	23	possono	possano

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

169
JC
f

Digitized by Google